

مَجَالِيعُ الْمُقْبِلِ صَدِّكَ فِي شَرْحِ الْقَوْلِ غَدَاكَ

تأليف

المحقق الثاني

الشيخ علي بن الحسين الكركي

الطبعة سنة ١٤٠٩ هـ

للإمام الثاني عشر

محقق

مؤسسة الإمام الخميني عليه السلام في العراق والتركيا



مرکز تحقیقات کتب و علوم اسلامی

مَجْلَدُ الْمُقَابَلَةِ
فِي تَرْجُومَةِ الْقَوْلِ



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

جَنَائِزُ الْمُفْتَاضِلِ

فِي شَرْحِ الْقَوَائِدِ



مَرْكَزُ تَحْقِيقِ شَيْخِ رَسَدِي

الْمُحَقِّقُ الثَّلَاثِي

السَّيِّحُ عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ الْبَكْرِي

الطُّوفَانُ ٩٤٠ هـ

لِلْجُزْءِ الثَّانِي عَشَرَ

تَحْقِيقُ

مُؤَسَّسَاتُكَ الْبَيْتِ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِأَخْيَارِ الثَّرَاثِ

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الثانية

١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

مركز تحقيقات الكمبيوتر علوم إلكترونية

مؤسسة آل البيت لإحياء التراث

بيروت - لبنان - ص ب ٣٤ / ٢٤ - تليفاكس ٥٤١٤٣١ - هاتف ٥٤٤٨٠٥

E-mail: alalbays@inco.com.lb



تنبیه

النسخة المعتبرة التي اعتمدناها في تحقيقنا لكتاب القواعد
هي غير النسخة التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه
للكتاب، وهناك اختلافات بينة لا تحقق على القارىء
الليب

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح:

بسم الله الرحمن الرحيم^(١)

الحمد لله، والصلاة على رسوله محمد وآله الطاهرين.

قوله: (كتاب النكاح) تحقيقاً لكتابي علوم إسلامي

مقتضى كلام أهل اللغة أن استعمال لفظ النكاح في الوطء أغلب، قال في
الصحيح: النكاح الوطء وقد يقال العقد^(٢)، والشائع شرعاً هو الثاني، حتى صرح
بعضهم بأن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء^(٣)، وقد يستدل له بأن استعمال
النكاح في العقد في كلام الله تعالى أكثر، بل قيل: لم يرد في الكتاب العزيز لفظ النكاح
بمعنى الوطء خاصة، إلا في قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾^(٤) وأغلبية
الاستعمال تشعر بالحقيقة، وربما قيل: بأنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد، استصحاباً
للوضع اللغوي، إذ الأصل عدم النقل، وقيل: بأنه مشترك بينهما، لاستعماله فيهما،
ولظاهر قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾^(٥) فإنه يتناول المعقود

(١) في «ش»: رب سهل ويسر، وفي «ض»: وبه نستعين.

(٢) الصحيح ١: ٤١٣ مادة (نكح).

(٣) قاله الراغب في المفردات: ٥٠٥ مادة (نكح).

(٤) البقرة: ٢٣٠.

(٥) النساء: ٢٢.

وفيه أبواب:

الأول: في المقدمات، وهي سبعة مباحث:

أ: النكاح مستحب، ويتأكد في القادر مع شدة طلبه.

وقد يجب إذا خشي الوقوع في الزنا، سواء الرجل والمرأة.

والأقرب أنه أفضل من التخلي للعبادة لمن لم تتق نفسه إليه.

عليها والمنكحة بالملك، ويردّه: أن الاشتراك على خلاف الأصل، والمجاز خير منه، ولو أريد المعنيان في الآية، فلا بد من كونه مجازاً، لأن المشترك لا يستعمل في المعنيين إلا مجازاً على الأصح، وحيث لا ترجيح للاشتراك على استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه.

قوله: (وفيه أبواب: الأول في المقدمات، وهي سبعة مباحث).

أراد: مقدمات البحث المقصود في النكاح.

قوله: (أ: النكاح مستحب، ويتأكد في القادر مع شدة طلبه، وقد يجب

إذا خشي الوقوع في الزنا، سواء الرجل والمرأة، والأقرب أنه أفضل من

التخلي للعبادة لمن يثق من نفسه).

هنا بحثان:

الأول: في بيان حكم النكاح، هل هو مستحب مطلقاً، أم لمن تاقته نفسه إليه

أي: اشتاقت؟ الأصح الأول، لكثرة النصوص الدالة على طلبه:

مثل قوله تعالى: ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(١) وقوله تعالى:

﴿وَأَنْكحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾^(٢).

(١) النساء: ٣.

(٢) النور: ٣٢.

وقول النبي صلى الله عليه وآله: «النكاح سني، فمن رغب عن سني فليس مني»^(١).

وقوله عليه السلام: «أكثر أهل النار العزاب»^(٢).

وقوله عليه السلام: «أراذل موتاكم العزاب»^(٣).

وقوله عليه السلام: «من أحب فطرني فليستن بسني، ألا وهي النكاح»^(٤).

وقوله عليه السلام: «تزوجوا فإني مكاتر بكم الأمم غداً يوم القيامة»^(٥).

وقوله عليه السلام: «من تزوج أحرز نصف دينه، فليثق الله في النصف الآخر»^(٦).

وقوله عليه السلام: «الركعتان يصليهما متزوج، أفضل من رجل عزب يقوم ليلة ويصوم نهاره»^(٧) وغير ذلك من الأحاديث الكثيرة.

ولأن في النكاح تكثير النسل وبقاء النوع الانساني، ورهباً أئمة وولداً ولياً صالحاً، وفيه دفع وسوسة الشيطان، والخلاص من شر الوحدة، والاستعانة بالزوجة الصالحة على أمور الدين.

ولا فرق في ذلك كله بين من تأقت نفسه إليه وغيره، ولا بين الرجل والمرأة.

(١) صحيح البخاري ٢: ٢٧، صحيح مسلم ٢: ١٠٢٠ حديث ١٤٠٦، سنن النسائي ٦: ٦٠، سنن ابن ماجه ١: ٥٩٢، سنن البيهقي ٧: ٢٧، جامع الاخير: ١١٨، وغيرها.

(٢) الفقيه ٣: ٢٤٢ حديث ١١٤٩.

(٣) الكافي ٤: ٣٢٩ حديث ٣، الفقيه ٣: ٢٤٢ حديث ١١٤٨، التهذيب ٧: ٢٣٩ حديث ١٩٤٥.

(٤) الكافي ٥: ٤٩٦ حديث ٦، الجعفرات: ٨٩، نوادر الرازي: ٣٥، الجامع الصغير ٢: ٥٥٣، وغيرها.

(٥) الفقيه ٣: ٢٤٢ حديث ١١٤٤.

(٦) الكافي ٥: ٣٢٨ حديث ٢، الفقيه ٣: ٢٤١ حديث ١١٤١ و ١١٤٢، أمالي الطوسي ٢: ١٣٢، جامع الاخير: ١١٨، وغيرها.

(٧) الكافي ٥: ٣٢٩ حديث ٦.

ولا بين القادر على أهبة النكاح وغيره.

وقال الشيخ المستحب لم لا يشتهي النكاح أن لا يتزوج، لقوله تعالى عن يحيى ﴿وسيداً وحسوراً﴾^(١) مدحه على كونه حصوراً، وهو الذي لا يشتهي النساء، وقال قوم: هو الذي يمكنه أن يأبي النساء ولا يفعله^(٢)

ولأن في النكاح تعريفاً لتحمل حقوق لروجة، والاشتغال عن كثير من المقاصد المهمة الدينية، وحصول الولد الصالح والروجة الصالحة غير معلوم، وللزم المبادر من قوله تعالى ﴿زين للنامل حب الشهوات من النساء والبنين﴾^(٣).

وحوايه: إن مدح يحيى بذلك لعلمه بكونه كذلك في حجره، وشرعهم ليس شرعاً لنا، على أنه ربما كان مكلفاً بالسياحة وأرشاد أهل زمانه في بلادهم، والنكاح ينافي ذلك، وعمل المحقق برمد في الاجر، لأنه حينئذ من لوازم الطاعة ومقتضاها.

ويكفي لأقصية النكاح كونه مطنة الولد الصالح والقرين الصالح، والذم في الآية الأخيرة - على إرادة النكاح لمحصن الشهوة البهيمية، من دون إرادة الطاعة، وكسر سورة الشهوة، واكتساب الولد الصالح - لا ينافي المدعى. ولا يحتمل أن النكاح قد يجب، إذا خشي تكلف الوقوع في لزما بدوي، ولو أمكن التسري فهو أحد الواحشين على التحجير، وقد يحرم إذا أفضى إلى الاحلال بواجب كالخج.

وذهب ابن حمزة إلى أنه إذا احتنع القدرة على النكاح والشهوة، استحب للرجل والمرأة، وإن فقدوا معاً كره، وإن افترقا لم يكره ولم يستحب^(٤).

(١) آل عمران ٣٩

(٢) المبسوط ٤ ١٦٠

(٣) آل عمران ١٤

(٤) الوسيلة ٣٣٩

وينبغي أن يتخير الولود، البكر العفيفة، الكريمة الأصل.

الثاني: على القول بأن النكاح مستحب، فهل هو أفضل من التخلي للعبادة أم لا؟ فيه قولان، أصحهما - واختاره المصنف - الأول، لمصوم الأوامر بفعله، مع التأكيدات البليغة.

مثل قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾^(١).

وقول الصادق عليه السلام: «ركعتان يصلّيها متزوج أفضل من سبعين ركعة يصلّيها أعزب»^(٢). والحديث المذكور أولاً.

وما روي عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبياته، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله «ما استماد امرؤ فائدة بعد الإسلام أفصل من زوجة مسلمة، سرّه إذا نظر إليها، ويطيعه إذا أمرها، وتحفظه إذا عاب عنها في نفسها وماله»^(٣).

ولأن النكاح من مقدمات العبادة ومكملاتها^(٤) فهو بالنسبة إليها أصل، مع أنه عبادة في نفسه.

وتحتمل العدم، لما يتضمن من القواطع والشواغل وتحمل الحقوق وجوابه أن زيادة المشقة أخرى بزيادة الأجر.

قوله: (ويسبي أن يتخير الولود البكر العفيفة الكريمة الأصل)، المراد: أنه يستحب ذلك.

روى الصدوق عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن أبياته عليهم السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «أفضل ساء أمتي أصبحهن وجهاً وأقلهن

(١)، البور، ٢٢

(٢) الكافي ٥: ٣٢٨ حديث ١، العقيه ٣: ٢٤٢ حديث ١١٤٦، تهذيب ٧: ٢٢٩٧ حديث ١٠٤٤

(٣) الكافي ٥: ٣٢٧ حديث ١، المعية ٣: ٢٤٦٣ حديث ١١٦٨، تهذيب ٧: ٢٤٠٧ حديث ١٠٤٧

(٤) في «ص»: من مكملات العبادة ومقدماتها

مهرًا^(١).

وقال الصادق عليه السلام: «من بركة المرأة حفة مؤنتها وتيسير ولادتها، ومن شؤمها شدة مؤنتها وتعسير ولادتها»^(٢).

وقال أمير المؤمنين عليه السلام «نروح»^(٣) سمراء عيناها عجرا مربوعة، فإن كرهتها فعليّ الصداق»^(٤).

وقال رسول الله صلى الله عليه وآله: «ألا أخبركم بخير نسائكم؟ قالوا: بلى يا رسول الله فأخبرنا، قال: إن من خير نسائكم الولود، الودود، السخيرة، العفيفة، العزيزة في أهلها، الدليلة المتبرحة مع بعدها، الحصان مع غيره، التي تسمع قوله وتطع أمره، وإذا حلاها تبدلت له ما أراد منها، ولم تقبل له تبدل الرجل. ألا أخبركم بشر نسائكم؟ قالوا: بلى يا رسول الله فأخبرنا، قال من شر نسائكم الدليلة في أهلها، العزيزة مع بعدها، العقيم، المحود، التي لا تتورع عن قبيح، المتبرحة إذا غاب زوجها عنها، الحصان مع إدا حصر، التي لا تسمع قوله ولا تطيع أمره، فإذا حلاها تمتعت مع الصبية عند ركوبها، ولا تقبل له عذرا، ولا تعفر له ذبا»^(٥) للحديث.

وقال عليه السلام «إياكم وحصراء الدمن، قيل: يا رسول الله وما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسناء في بيت السوء»^(٦).

(١) الفقيه ٢٤٣٢ حديث ١١٥٦

(٢) الفقيه ٣ ٢٤٥ حديث ١١٥٩، التهذيب ٧ ٢٩٩ حديث ١٥٩٤

٣، في «ص» وثكافي، نروحوا، ولتبت من «ش» وانفقه

(٤) الكافي ٣٣٥،٥ حديث ٢، الفقيه ٣ ٢٤٥ حديث ١١٦٢

(٥) الكافي ٣٢٤،٥ حديث ١، وفيه صدر الحديث، وفي ٣٢٥ حديث ١ وفيه دليل الحديث، الفقيه ٣ ٢٤٦

حديث ١١٦٧، وفيه صدر الحديث، التهذيب ٧ ٤٠٠ حديث ١٥٩٧

(٦) الكافي ٥ ٣٢٢ حديث ٤، الفقيه ٣ ٢٤٨ حديث ١١٧٧، التهذيب ٧ ٤٠٣ حديث ١٦٠٨

وصلاة ركعتين ، وسؤال الله تعالى أن يرزقه من النساء ، أعفهن فرجاً وأحفظهن له في نفسها وماله ، وأوسعهن رزقاً ، وأعظمهن بركة ، وغيره من الأدعية والاشهاد ، والاعلان ،

وقال عليه السلام: «تزوجوا الأبيكار فإنهن أطيب شيء أفواهاً ، وأدر شيء أخلاقاً ، وأحسن شيء أخلاقاً ، وأفتح شيء أرحاماً»^(١) ولأن البكر أخرى بالألفة وقبول ما تعلم.

واعلم: أن المراد بـ (الولود) ما من شأنها ذلك ، بأن تكون في سن الولادة ، والغالب على قرايبها ذلك ، ولم يدل العلامات الظنية على عمومها

قوله: (وصلاة ركعتين ، وسؤال الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهن فرجاً ، وأحفظهن له في نفسها وماله ، وأوسعهن رزقاً ، وأعظمهن بركة ، وغيره من الأدعية).

روى عن الصادق عليه السلام: « من الرجل إذا هم بالتزوج ، فليصل ركعتين ، وليحمد الله تعالى ، ويقول: اللهم إني أريد أن أتزوج ، اللهم فقدر لي من النساء أعفهن فرجاً ، وأحفظهن لي في نفسها ومالي ، وأوسعهن رزقاً ، وأعظمهن بركة ، وقدر لي منها ولداً طيباً تحمله خلعا صالحاً في حياتي وبعد موتي »^٢ وغير ذلك من الأدعية .
قوله: (والاشهاد والاعلان).

يستحب الاشهاد على اسكاح الدائم والاعلان به وإظهاره ، لأنه أنفى للثمة وأبعد عن المنصومة ، ولا يشترط ذلك في صحة العقد .
وشرط ابن أبي عقيل^(٣) - في اسكاح الدائم - الاشهاد ، لأن في مكاتبة المهلب

(١) نكاحي ٣٣٤:٥ حديث ١ . النهديب ٧ - ٤٠٠ حديث ١٥٩٨

(٢) نكاحي ٥٠١:٥ ، حديث ٣ . العقبه ٣ - ٢٤٩ حديث ١١٨٧

(٣) نقله عنه العلامة في المحتف: ٥٢٥

والخطبة قبل العقد،

لدلال إلى أبي المحسن: «التزويج الدائم لا يكون إلا بولي وشاهدين»^(١).

وهي مع ضعف سندها محمولة على الاستحباب، لما روي عن الباقر والصادق عليهما السلام، أن الشهاد في الكاح لأجل الأثر والولد، وأنه لا بأس به فيها بينه وبين الله تعالى لو تزوج بغير شهود^(٢).

قوله: (والخطبة قبل العقد).

الخطبة بالضم، هي ما اشتمل على حمد الله تعالى، والثناء عليه، والشهادتين، والصلاة على النبي صلى الله عليه وآله، والوعظ^(٣) والوصية بتقوى الله تعالى، كذا مررها في التذكرة^(٤)، ومراد الخطبة الكاملة.

ولا ريب أنه يستحب فعلها أمام العقد ولا تجب خلافاً لداود^(٥)، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله خطب فقال:

«الحمد لله، نحمده ويستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلله فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، وتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً، واتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون، اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً، يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم، ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً»^(٦).

(١) التهذيب ٧ ٢٥٥ حديث ١١٠٩، الاختصار ٣: ١٤٦ حديث ٥٢٩

(٢) التهذيب ٧ ٢٤٨ حديث ١٠٧٦، وص ٢٤٩ حديث ١٠٧٧

(٣) التذكرة ٢ ٥٧٠

(٤) المجموع ١٦ ٢٠٧، المعني لابن قدامة ٧ ٤٣٣.

(٥) سنن أنرمدي ٣ ٤١٣ حديث ١١٠٥، سنن بن ماجه ١ ٦٠٩ حديث ١٨٩٢ و١٨٩٣، سنن البيهقي

٧ ١٤٦ - وفي هذا المصباح ذكر صدر الحديث فقط - سنن أبي داود ٢ ٢٣٩ حديث ٢١١٨، سنن الدارمي

وايقاعه ليلاً.

ويكره والقمر في برج العقرب.

وذكر في التذكرة أن الخوادم عليه السلام لما تروح بنت المأمون خطب فقال
«الحمد لله متم النعم برحمته، والهادي إلى شكره بعمد، وصلّى الله على خير خلقه الذي
جمع فيه من الفصل ما هرقه في لرس، وحلّ ثوبه إلى من حصه بحلافته وسلم
تسليماً، وهذا أمير المؤمنين روجي ابنته عن ما حرص الله عز وجل للمسلمات على
المؤمنين^(١) إمساك بمعروف أو تسريح بالحسن، وبذلك لها من الصداق ما بذله رسول
الله صلى الله عليه وآله لأرواحه، وهن اثنتان عشر أوقية نوس، على عام الخمسائة، وقد
محلّتها من مائتي مائة ألف، زوجتي يا أمير المؤمنين؟ قال بلى، قال: قبلت ورصيت^(٢).
إذا عرفت ذلك فالش عشرون درهماً والأوقية أربعون، فبذلك يكمل
الخمسائة

واعلم أنه يكره في الخطبة الحمد لله، روي عن الصادق عليه السلام،
عن علي بن الحسين عليه السلام «إذا حمد الله فقد خطب»^(٣)

واعلم أيضاً أن المصنف ذكر في التذكرة، أن من خطب امرأة يستحب أن يقدم
بين يدي خطبته خطبة ويخطب الولي كذلك، ثم يقول: لست بمرغوب عنه أو ماني
معناه، فيكون للنكاح خطبتان إحداهما لخطبة - بكسر الخاء - وهي طلب المرأة،
والأخرى أمام العقد^(٤). ولا بأس به، إذ ليس فيه إلا زيادة الثناء على الله ورسوله.

قوله: (وايقاعه ليلاً، ويكره والقمر في برج العقرب).

أي: يستحب ايقاع العقد ليلاً.

(١) في «ش» و«ص»: المؤمنين، والمثبت من المصدر وهو المناسب

(٢) تذكره المفهاء ٢: ٥٧١

(٣) لكافي ٥: ٣٦٨ حديث ٢

(٤) تذكرة المفهاء ٢: ٥٧١

ب: يستحب عند الدخول صلاة ركعتين، والدعاء، وأمر المرأة بذلك، ووضع يده على ناصيتها والدعاء، وطهارتها، والدخول ليلاً، والتسمية عند الجماع، وسؤال الله تعالى الولد الصالح الذكر السوي،

روى العامة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «امسوا بالاملاك فانه أعظم للبركة»^(١).

وقد روى الأصحاب عن الرضا عليه السلام «من السنة الترويح بالليل، لأن الله عز وجل جعل الليل سكناً للنساء، ومن هن سكناً»^(٢) ولأنه أقرب إلى مقصوده وأهل لانتظاره، حيث يكون الاملاك لله للدخول

وقال بعض العامة يستحب العمد يوم الجمعة لشرفه وكونه يوم عبد وفيه خلق لله تعالى آدم عليه السلام، وليس بشيء.

وأما كراهية الترويح والعمر في المغرب، فمن روى الشيخ والصدوق بإسنادهما عن الصادق عليه السلام، قال: «من روج ولعمري في المغرب لم ير الحسنى»^(٣) والترويح حقيقة في العمد.

قوله: (ب). يستحب عند الدخول صلاة ركعتين، والدعاء، وأمر المرأة بذلك، ووضع يده على ناصيتها والدعاء، وطهارتها، والدخول ليلاً، والتسمية عند الجماع، وسؤال الله تعالى الولد الصالح الذكر السوي)

يستحب لمن أراد الدخول بزوجته أن يصلي ركعتين، ويدعو بعدها بالمقول، وأن يأمر أهل المرأة أن يأمرها عند اسفلها إليه بصلاة ركعتين أيضاً والدعاء. روى أبو بصير قال: سمعت رجلاً وهو يقول لأبي جعفر عليه السلام: جعلت

(١) انظر المغني لابن قدامة ٢/ ٤٣٥.

(٢) الكافي ٣/ ٢٦٦، حديث ١، التهذيب ٧/ ٤١٨، حديث ١١٧٥.

(٣) الفقيه ٣/ ٢٥٠، حديث ١١٨٨، التهذيب ٧/ ٤٠٧، حديث ١٦٢٨.

فذاك إني رجل قد أسننت، وقد تزوجت امرأة بكرة صغيرة، ولم أدخل بها، وأنا أخاف إذا دخلت على فراشي أن تكرهني، لخصامي وكبري. قال الباقر عليه السلام: «إذا دخلت عليك إن شاء الله، فمرهم قبل أن تصل إليك أن تكون متوضئة، ثم لا تصل إليها أنت حتى تتوضأ وتصل ركعتين، ثم مرهم بأمرها أن تصل أيضاً ركعتين، ثم تحمد الله وتصل على محمد وآله، ثم ادع الله ومر من معها أن يأمّنوا على دعائك، ثم ادع الله وقل: اللهم رزقني العها وودها ورصاها بي وأرضي بها، واجمع بيننا بأحسن اجتماع، وآس اثتلاف^(١)، فانك تحب التحلل وتكره المحرام»^(٢) الحديث. وتدعو بها نعم أيضاً، مولى كوني على طهارة عند الدخول، لما يظهر من هذا الحديث.

ويستحب أن يكون الدخول ليلاً، محاذرة أن يحصل من الحياء ما يتعذر معه الجماع، ولقول الصادق عليه السلام «رفوا عرائسكم ليلاً، وأطعموا ضحى»^(٣). ويستحب أن يستقي عند الجماع، قال الصادق عليه السلام: «إذا أتى أحدكم أهله فليذكر الله عند الجماع، فإن لم يفعل وكان منه ولد، كان شرك شيطان، ويعرف ذلك بحبنا وبفضنا»^(٤).

ويستحب أن يسأل الله تعالى أن يرزقه ولداً ذكراً سوياً، لقول الصادق عليه السلام لبعض أصحابه: «إذا دخل عليك هيك فخذ بما صيتها واستقبل بها القبلة، وقل: اللهم بأمانتك أحدها، وبكلماتك استحللت فرجها، فإن قصيت لي ولداً، فاجعله

(١) في «ش»، وآس واثتلاف وفي الكافي وائس اثتلاف.

(٢) الكافي ٥: ٥٠٠ حديث ١، التهذيب ٧: ٤٠٩ حديث ١٦٣٦

(٣) الكافي ٥: ٣٦٦ حديث ٢، الفقيه ٣: ٢٥٤ حديث ١٢٠٣، التهذيب ٧: ٤١٨ حديث ١٦٧٦

(٤) الفقيه ٣: ٢٥٦ حديث ١٢١٤

والوليمة عند الزفاف يوماً أو يومين واستدعاء المؤمنين.

ولا يجب الاجابة، بل تستحب، وكذا لأكل وإن كان صائماً ندياً.

مباركاً سوياً، ولا تحمل للشيطان فيه شرك ولا نصيباً^(١)

وفي لفظ آخر «فان قضيت في رحمتها شيئاً، فاجعله مسلماً سوياً، ولا تجعله شرك شيطان»^(٢).

قوله. (والوليمة عند الزفاف يوماً أو يومين، واستدعاء المؤمنين، ولا تجب الاجابة، بل تستحب [وكذا الأكل]^(٣) وإن كان صائماً ندياً)

الوليمة هي طعام العرس، قال ثعلب وغيره من أهل اللغة، إنه لا يقع على غيره، قال في التذكرة: وإنما سمي طعام العرس، لوليمة، لاحتياج الروحين، لأن الأصل في الوليمة اجتماع الشيء وقامه^(٤).

وسمي الطعام المتخذ عند الولادة، الحرس والحرس، وعند الختان، العذيرة ويسمى الاعتذار، وعند أحداث الباء، الكيرة، يقال: وكّر وخرّس بالتشديد، وعند قدوم الغائب، النقيعة، يقال: نفع بالتخفيف، والذبح عند خلق رأس المولود في اليوم السابع، الحقيقة، وعند حذاق الصبي، الحذاق بفتح أوله، وكسره: تعلم الصبي القرآن أو العمل، والمأدبة: اسم لما يتخذ من غير سبب.

وزفاف العروس إلى زوجها بكسر أوله: اهدؤها إليه.

ولا خلاف عندنا في استحباب الوليمة، وللشافعية في استحبابها أو وجوبها

(١) الكافي ٥: ٥٠٠ حديث ٢

(٢) الكافي ٥: ١٠٤ حديث ٣

(٣) ما بين المعقوفين م يرد في (ش) و(ص) وانيس، من خطيه لفواحد المعتمدة، لشرح المصنف له، وبه يتم سياق العبارة

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٨

قولان^(١).

وليكن ذلك يوماً أو يومين، قال ابانر عليه السلام: «الوليمة يوم ويومان مكرمة، وثلاثة أيام رياء وسمعة»^(٢).

ووقتها هل هو قبل الدخول، أم بعده؟ لم أحد به تصريحاً، وروى السكوني عن الصادق عليه السلام قال «زفوا عرائسكم ليلاً، وأطعموا صحن»^(٣) وظاهر هذه أنه بعد الدخول. وفي رواية الوشا عن الرضا عليه السلام قال: «إن الحاشي لما خطب لرسول الله صلى الله عليه وآله امرأة بنت أبي سفيان فزوجها، دعا بطعام وقال إن من سنن المرسلين الاطعام عند إلتزويج»^(٤) وظاهر هذا أنه بعد العقد. ورواية هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال «إن رسول الله صلى الله عليه وآله حين تزوج ميمونة بنت الحارث أومأ عليها وأطعم سوس الحيس»^(٥) وهذه محمالة، ولعل الكل حائر.

ولا تحب الاجابة إلى الدعوة إلى وليمة العرس عند علمائنا أجمع، بل تستحب، وهو أشهر قولي الشافعي^(٦)، بناء على استحباب الوليمة، وعلى الوجوب تحب الاجابة عنده قطعاً

ويستحب الأكل وإن كان صائماً بدءاً، وفوى في التذكرة استحباب اتمام الصوم

(١) انظر كفاية الأحيار ٢: ٤٢

(٢) الكافي ٥: ٣٦٨ حديث ٣، التهذيب ٤: ٩٠٧ حديث ١٦٢١.

(٣) الكافي ٥: ٣٦٦ حديث ٤، المعية ٢: ٢٥٤ حديث ١٢٠٣، التهذيب ٧: ١٦٨ حديث ١٦٧٦

(٤) الكافي ٥: ٣٦٧ حديث ٨، التهذيب ٧: ٤٠٩ حديث ١٦٣٣

(٥) الكافي ٥: ٣٦٨ حديث ٢، التهذيب ٧: ٤٠٩ حديث ١٦٣٢ والحيس المذكور في الرواية هو عمر يخلط

بسمس واقط جميعاً شديداً ثم يدرسه مواء وربب جعل فيه سويق الفاسوس ٢: ٢٠٩ حيس

(٦) انظر الوحير ٢: ٣٦، كفاية الأحيار ٢: ٤٣

ويحوز أكل نثار العرس لا أخذه إلا باذن أربابه نطقاً أو بشاهد الحال، ويمتلك حينئذ بالأخذ على إشكال.

إن لم يشق على صاحب الدعوة^(١)، والظاهر الاستحياء مطلقاً، لرواية داود الرقي عن أبي عبد الله عليه السلام «لا تطردك في منزل أخيك أفصل من صيامك سبعين ضعفاً أو تسعين ضعفاً»^(٢) وصحيحة حمير بن درج عنه عليه السلام قال: «من دخل على أخيه وهو صائم فأطعمه عنه ولم يعلم بصومه فيمن عليه، كتب الله له صوم سنة»^(٣).

ولو كان الصوم واجباً معيلاً لم يحوز لا مطلقاً ولا غير معين كالنثر المطلق والقضاء الموسع قبل الزوال، فعلم المخرج منه أولى، لأن دمه مشعولة، وقد يحصل له عائق عن إبراء فتمت وقضاء^(٤) ما عليه، ولثقت فمي وجه أنه لا يحوز الخروج منه، لأنه لا يحوز ابطال الواجب بعد الشروع فيه^(٥).

قوله: (ويحوز أكل نثار العرس لا أخذه إلا باذن أربابه، نطقاً أو بشاهد الحال، ويمتلك حينئذ بالأخذ على إشكال).

يحوز نثر السكر والجوز واللوز والفُسب والتمر ونحو ذلك في الاملاكات، للأصل، وعند جمع من العامة أنه مكروه، لأنه يؤخذ باختلاس وانتهاب، وقد يؤدي إلى الوحشة والعداوة، وقد يأخذه غير من يحب صاحب المنزل^(٦)، وللشافعية قول ثالث،

(١) تذكرة الفقهاء ٢ ٥٨٠

(٢) الكافي ٤ ١٥١ حديث ٦

(٣) الكافي ٤ ١٥٠ حديث ٣

(٤) في «ش» وندارك

(٥) انظر كفاية لاحبار ٢ ٤٤

(٦) وهو تمر يابس يصب في انعم صلب النواة تصدح ١ ٢٠٦ ص ٦

(٧) انظر المجموع ١٦ ٣٩٥، المعنى لابن قدامة ١١٩: ٨

وهو: الاستحباب^(١)، ولا ريب أن لكراهة ولا استحباب حكمان شرعيان، فيقفان على النقل.

إذا تقرر ذلك، فمتى نثر صاحب العرس أو غيره ممن يجوز فعله وعلم منه رياحة الانتهاب، جاز^(٢) أخذه انتهاباً وإن لم يكن ذلك لاثقاً بذوي المروات، وإن علم منه الكراهة حرم، وإن جهل الأمران فاحتنبه أولى.

ويظهر من عبارة الكتاب أن بين الأكل والأخذ فرقاً، حيث حكم بمحواز الأكل وأطلق، ولم يحوز الأخذ إلا إذا علم من أربابه الأذن فيه.

والظاهر أنه لا فرق بينهما، كما قدم لا يدل على الإذن في الأكل والأخذ دليل - مثل التصريح به طلقاً، أو شهادة العادات المستمرة بالأذن - لم يحز واحد منهما، ومهما دل الدليل عليه لم يجز تجاوزه.

إذا عرفت ذلك، فإذا حصل الأذن في الأخذ نطقاً أو بشاهد الحال، وهو المراد بقوله: «ويملك حينئذ» فهل يملك للمأخوذ بمجرد الأخذ؟ فيه إشكال، ينشأ من أنه كان مملوكاً لأربابه، ولم يحصل سبب يقتضي نقل الملك، فيتمسك بأصالة البقاء.

ومن أن الأذن في الأخذ صيرته مباحاً، فيملك بالحيازة كسائر المباحات ويضعف هذا، بأن مباح الأصل لا ملك لأحد فيه، فإثبات اليد عليه كاف في تملكه، بخلاف المملوك إذا أبيح بالأذن فيه، فإن ذلك لا يخرججه عن الملك ولا يزيل ملك المالك، وبمجرد إثبات اليد ليس من الأسباب الناقلة للملك، فيبقى على ملك ماله إلى أن يتلفه الأخذ، وهذا هو الأصح، واحتاره المصنف في المختلف^(٣)، واختار في

(١) المجموع ١٦: ٣٩٦

(٢) في ٥: حل

(٣) مختلف: ٥٣٤

ج: يكره الجماع في ليلة الحسوف، ويوم لكسوف، وعند الروال، والغروب إلى ذهاب الشفق، وفي المحاق وفيما بين طلوع الفجر والشمس، وفي أول ليلة من كل شهر إلا رمضان، وليلة النصف، وسفراً مع عدم الماء، وعند هبوب الريح السوداء أو الصفراء، والزلزلة، وعارياً ومحتلماً قبل الغسل أو الوضوء، ويجوز مجامعاً من غير تحلل غسل - ومع حضور ناظر إليه، والنظر إلى فرج المرأة مجامعاً، واستقبال القبلة واستدبارها، وفي السفينة، والكلام بغير ذكر الله

التذكرة^(١) الثاني، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٢)

قوله: (ج- يكره الجماع في ليلة الحسوف ويوم الكسوف، وعند الروال، والغروب إلى ذهاب الشفق، وفي المحاق، وفيما بين طلوع الفجر والشمس، وفي أول ليلة كل شهر - إلا رمضان - وليلة النصف، وسفراً مع عدم الماء، وعند هبوب الريح السوداء والصفراء، وعارياً، ومحتلماً قبل الغسل أو الوضوء، - ويجوز مجامعاً من غير تحلل غسل - ومع حضور ناظر إليه، والنظر إلى فرج المرأة مجامعاً، واستقبال القبلة واستدبارها، وفي السفينة، والكلام بغير ذكر الله)^(٣)

روى الشيخ والصدوق بإسادهما إلى عمرو بن عثمان عن الباقر عليه السلام قال سألته أيكره الجماع في ساعة من الساعات؟ قال: «نعم يكره في ليلة ينكسف فيها لقمر، واليوم الذي تنكسف فيه الشمس، وفيها بين غروب الشمس إلى أن يذهب

(١) لتذكرة ٢ ٥٨٦

(٢) المبسوط ٤ ٣٢٣

(٣) في «ص»: والكلام إلا بذكر الله.

السفق، ومن طلوع الفجر إلى طلوع شمس، وفي لريح السوداء والحمراء والصفراء، والزلزلة ولقد بات رسول الله صلى الله عليه وآله عند بعض النساء، فاكسف القمر في تلك ليلة، فلم يكن منه شيء، فقالت له زوجته: يا رسول الله بأي أنت وأمي أكل هذا لبعض؟ فقال ويحك حدثني هذا الحادث في السماء، فكرهت أن أتلدو أدخل في شيء، ولقد عثرته تعالى فوما فقال ﴿وإن يروا كسفاً من السماء ساقطاً يقولوا سحب مركوم﴾^(١) وأيم الله لا يجتمع أحد في هذه الساعات التي وصفت فيرق من جماعه ولداً وقد جمع بهد الحديث خبري ما يحب^(٢)

وزاد الكلبي: «ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس» و«اليوم والليلة التي يكون فيها الريح السوداء والصفراء والحمراء والليل التي يكون فيها الزلزلة»^(٣)

وقال الصادق عليه السلام «لا تجمع في أول شهر ولا في وسطه ولا في آخره، فانه من فعل ذلك فليسلم لسقط الولد، فان تم أو شك أن يكون مجنوناً، ألا ترى أن المجنون أكثر ما يصرع في أول الشهر ووسطه وآخره»^(٤)

وعن الكاظم عليه السلام عن أبيه عن حماد قال: «إن فيها أوصى به رسول الله صلى الله عليه وآله علياً عليه السلام قال: يا علي لا تجمع أهلك في أول ليلة من الحلال ولا في ليلة النصف ولا في آخر ليلة، فانه يتحوف على الولد من فعل الخيل،

(١) بطور ٤٤

(٢) ليعيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢٠٧ التهذيب ٧: ٤١١ حديث ١٦٤٢ علياً بأن في التهذيب عن عمرو

ابن عثمان عن أبي جعفر قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام

(٣) نكافي ٥: ٤٩٨ حديث ١، علياً بأن في نكافي وفي نسخة وفي اليوم اللذين يكون فيها الريح

سوداء والريح الحمراء والريح الصفراء والليل التي يكون فيها الزلزلة.

(٤) ليعيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢٠٨

فقال علي عليه السلام: ولم ذلك يا رسول الله؟ هل إن الحس يكررون عشياں سائهم في أول ليلة من أهلال وليلة الصف وفي آخره، أما رأيت المحبون يصرع في أول الشهر وفي وسطه وفي آخره»^(١).

وقال عليه السلام «تكره الجديبة حين تصفر الشمس، وحين تطلع وهي صفراء»^(٢).

وسأل محمد بن العيص بصادق عليه السلام فقال أجامع وأنا عربان؟ قال: «لا، ولا تستقبل القبلة ولا تستدبرها»^(٣).

وقال عليه السلام «لا تجامع في المسجيد»^(٤).
وقال رسول الله صلى الله عليه وآله «تكره أن بعشى الرجل المرأة وقد احتلم حتى يغسل من احتلامه الذي رأى، هل فعل ذلك وخرج الولد محمواً فلا يلومن إلا نفسه»^(٥) وتروى الكراهة بالعسل أو الوضوء

ويجوز أن تكرر الجماع مرات من غير غسل يتخللها، لأن النبي صلى الله عليه وآله كان يطوف على سائمه ثم يغتسل أحيراً^(٦).

وكان علي عليه السلام يستحب للرجل أن يأتي أهله أول ليلة من شهر رمضان، لقول الله عز وجل ﴿أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾^(٧)

(١) الكافي ٥: ٤٩٩ حديث ٣، التهذيب ٧: ٤١٢ حديث ١٦٤٤

(٢) الفقيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢٠٩

(٣) الفقيه ٢: ٢٥٥ حديث ١٢١٠، التهذيب ٧: ٤١٢ حديث ١٦٤٦

(٤) الفقيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢١١، التهذيب ٧: ٤١٢ حديث ١٦٤٦

(٥) الفقيه ٣: ٢٥٦ حديث ١٢١٢، التهذيب ٧: ٤١٢ حديث ١٦٤٦

(٦) سنن البيهقي ٧: ١٩٢

(٧) البقرة ١٨٧

والرفث: المجامعة^(١).

وروى الكلبي بإسناده إلى الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: والذي نفسي بيده، لو أن رجلاً عشي امرأته وفي البيت مستيقظ براهما ويسمع كلامهما ونفسهما، ما أفلح أبداً إن كان غلاماً كان رانياً، أو كانت حارية كانت زانية»^(٢) ولا يخفى أن هذا إما يكون إذا كان الصبي أو الحارية مبررين

ويكره الكلام بغيره ذكر الله تعالى، لقول الصادق عليه السلام: «اتموا الكلام عند ملتقى الختانين، فإنه يورث الخرس»^(٣).

وفي وصية النبي لعلي عليه السلام: «يا علي لا تتكلم عند الجماع كثيراً، فإنه إن قصي بينكما ولد لا يؤمن أن يكون أخيراً» ولا تنظر إلى مخرج امرأتك وعصى بصرك عند الجماع، فإن تنظر إلى مخرج يورث العمى في الولد»^(٤).

ويكره في السفر إذا لم يجد الماء، ما رواه إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام، قال: قلت الرجل يكون معه أهله في سفر ولا يجد الماء أيأتي أهله؟ قال: «ما أحب أن يفعل ذلك، إلا أن يخاف على نفسه»^(٥).

وهل يكره في الحصر إذا لم يمكنه غسل؟ محتمل ذلك، نظراً إلى المشاركة في العلة، ولأن جمعاً من الأصحاب لا يجوزون الاعتماد لحسابة النيم، إلا إذا خاف على نفسه الهلاك، فيتيمم حينئذ ويقضي^(٦).

(١) نسخة ٢٠٣، حديث ١٤٥٥

(٢) الكافي ٥، حديث ٥٠٠

(٣) الكافي ٥، ٤٩٨، حديث ٧، التهذيب ٧، ٤١٣، حديث ١٦٥٣

(٤) نسخة ٢، ٣٥٩، حديث ١٧١٢

(٥) التهذيب ٧، ٤١٨، حديث ١٦٧٧

(٦) مهم الشيخ في المبسوط ٣٠/١

د: يجوز النظر إلى وجهه من يريد نكاحها وكفيها مكرراً، واليها قائمة

وفي وصية النبي صلى الله عليه وآله لعلي عليه السلام: «لا تجامع أهلَكَ إذا خرج إلى سفر مسيرة ثلاثة أيام طياليس»^(١).

وأما المحاق مثل: الحميم، فهو: حر الشهر، وثلاث ليالٍ من آخره، أو أن يستتر القمر فلا يرى غدوة لاعشية، لأنه يطعم مع الشمس فتسحقه، ذكره في القاموس^(٢)

وقد ذكر أن ليلالي الشهر عشرة أسماء: نحر، ثم نعل، ثم تسع، ثم عشر، ثم بيض، ثم درع، ثم ظلم، ثم حادس، ثم دأدى وأحدها دأداة بقصر ويمد، ثم المحاق. وتسمى ليلة ثمانية وعشرين المدعجاء، وبعدها الدهماء، وليلة الثلاثين^(٣) الللاء.

وإنما كره الجماعة في المحاق، للرواية عن الصادق عليه السلام^(٤)، ولما روى عن الكاظم عليه السلام: «من تزوج في محاق الشهر فليسلم لقط الولد» وهذه ظاهرة في الوطء، فحيث يكره العقد أيضاً في المحاق.

قوله: (د: يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيها مكرراً،

(١) الفقيه ٣/ ٣٦٠ حديث ١٧١٢

(٢) القاموس ٣/ ٢٨٢ ص.

(٣) في «ص»: وبعدها

(٤) الظاهر أن المراد من قوله: (بروايه عن الصادق) برويه المتعممه عن الصادق، حيث قال عليه السلام: «لا تجامع في أول أسهر ولا في وسطه ولا في آخره» لأن حد معاني المحاق هو آخر الشهر كما تقدم ويحصل أن يكون قد أسهر بقوله: (برواية عن الصادق) إلى ما ذكر في الفقيه ٣/ ٢٥٠ حديث ٩١٨٩ «وروي أنه يكره الرويح في محاق أسهر» عبا بان في «ص»: للرواية عن الباقر عليه السلام، فتأمل

(٥) الكافي ٥/ ٤٩٩ حديث ٢، الفقيه ٣/ ٢٥٤ حديث ١٢٠٦، التهذيب ٤/ ٤١٦٧ حديث ٢، علماً بأن في المصادر كلها «من أتى أهله في محاق أسهر».

وماشية وإن لم يستأذنها، وبالعكس. وروي إلى شعرها ومحاسنها وجسدها من فوق الثياب،

وإليها قائمة وماشية وإن لم يستأذنها، وبالعكس، وروي إلى شعرها ومحاسنها وجسدها من فوق الثياب).

لاخلاف بين علماء الاسلام في أن من أراد نكح امرأة يجوز له النظر إليها في الجملة، وقد رواه العامة^(١) والخاصة^(٢)، وهل يستحب؟ فيه وجهان، والنظر الوارد بلفظ الأمر عنه عليه السلام من رواية العامة، وليس فيها سند ذكره إن شاء الله تعالى من الأخبار دلالة على الاستحباب^(٣) وإنما يجوز النظر مع إرادة النكاح، إذا كانت محللة حلقه من بعل ومن مواع النكاح كالعبد لا مناع النكاح بحسب، وأن تكون الإجابة ممكنة عادة.

ووقت النظر عند اجتماع هذه الشروط لا عند الاذن في عقد النكاح، ولا عند ركون كل منها إلى صاحبه، وهو وقت تحريم الخطبة على الخطبة، خلافاً لبعض العامة^(٤)

ويسفي أن يكون قبل الخطبة، إذ لو كن بعدها وتركها لشق عليها وأوحشها. ولو تعذر عليه النظر بعث امرأة تتأملها وتصدها له، فإن النبي صلى الله عليه وآله بعث أم سليم إلى امرأة، فقال: انظري إلى عرقوبيها وشعبي معاطفها^(٥)

(١) صحيح مسلم ٢ ١٠٤٠ حديث ١٤٢٤، سنن الترمذي ٣ ٣٩٧ حديث ١٠٨٧، سنن البيهقي ٧ ٨٤.

مستدرک الحاكم النيسابوري ٢ ١٦٤-١٦٥

(٢) نكاحي ٥ ٣٦٥ حديث ٢-٣-٤، تهذيب ٧ ٤٣٥ حديث ١٧٣٤-١٧٣٥، والريادة راجع الوسائل

٤ ٥٩ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه

(٣) في «ص»: استحباب، نظر

(٤) كفاية الأهل ٢ ٢٩

(٥) مسند احمد ٣ ٢٣١، وفيه عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل أم سليم تنظر إلى جارية، ←

إذا عرفت ذلك، فالذي يجوز انظر اليه هو الوجه والكفان من مفصل الزند ظهراً وبطناً. لأن المقصود من الرؤية يحصل بذلك، فيبقى النظر إلى ما سوى ذلك على عموم التحريم.

ومع بعض العامة من لظن إلى لكفن^(١)، وأضاف بعضهم إلى نظر الوجه والكفين القدمين وبعض الدراع^(٢)، وبعضهم حور النظر إلى ماعدا، للمرجح^(٣).

وأشار بقوله (وروى) إلى ما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له الرجل يريد أن يتزوج المرأة فنظر إلى شعرها؟ قال: «نعم، إنما يريد أن يشترها بأعلى الثمن»^(٤).

وما رواه عثمان بن ابراهيم عن حمير عن عبيد الله السلام أنه سئل عن رجل ينظر إلى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها؟ قال: «لا بأس إلا هو مستام»^(٥) فمنصوص الأولى النظر إلى الشعر، والثانية إلى المحاسن

ولا ريب أن المحاسن هي مواضع الحسن والريبة، فإن أُحرِيت على ظاهرها اقتضى جواز النظر إلى جميع مواضع الحسن من بدنها.

وهو بعيد مع قيام دلائل التحريم، فيحمل على جواز النظر إليها من فوق

جـ فعال: «شمي عوارصها وانظري إلى عرقوبها»

(١) انظر: المقي لا بن قدامة ٧ ٤٥٤

(٢) المصدر السابق.

(٣) انظر المجموع ١٦ ١٣٨

(٤) الكافي ٥ ٣٦٥ حديث ٥، المعجم ٣ ٢٦٠ حديث ١٢٣٩، التهذيب ٧ ٤٣٥ حديث ١٧٣٤

(٥) التهذيب ٧ ٤٣٥ حديث ١٧٣٥

والى أمة يريد شراءها وإلى شعرها ومحاسنها، دون العكس،

الثياب، وعليه تنزل عبارة الكتب (ومحاسنها وحسدها من هو الثياب) وعلى هذا قياس أن يكون: (وحسدها) حيث عطف تفسيراً لقوله (ومحاسنها) نعم ما يلزم من رؤية الشعر رؤيته غالباً - كلابدين والعق - بمعنى القول بحوار النظر إليه، لاستدعاء إباحة النظر إلى الشعر بإباحة النظر إليه، ويلوح من عبارة التذكرة^(١) أن المحاسن الوحده والعكس، حيث أن ذلك يجمع المحاسن، وهو خلاف الظاهر.

ومحور تكرار النظر إلى ذلك مره بعد أخرى، وإدامته، والنظر إليها فائمه وماشيه وجالسه، لأن لعرص لا يتم إلا بذلك. ولا إطلاق الخصوص بالنظر، وهو يتناول ذلك، ولقوله عليه السلام «إِنَّمَا هُوَ تَسْتَبَاحٌ»^(٢) ولا يصرط استئذانها في نظر - خلافاً لما لك^(٣) - للعموم، بل لا ينبغي، لأنها ربما ريب نفسها وأحمت عيها، فمات مقصود السطر وكما يجوز [نظر الرجل إلى المرأة]^(٤) عند إردة الكاح، فكذا العكس، لا سراك مقصود النظر بيها، ولأن المرأة ربما رأت من الرجل ما يدعوها إلى إباحته^(٥).

قوله: (وإلى أمة يريد شراءها، وإلى شعرها ومحاسنها، دون العكس).
يجوز النظر إلى أمة يريد شراءها قطعاً، لروايه أبي بصير، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يعترض لأمة ليشتريها؟ قال: «لا بأس بأن ينظر إلى محاسنها ويعسها، ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي له النظر إليه»^(٦)

(١)، تذكرة المعناه ٢: ٥٧٢

(٢)، استهيب ٧ ٤٣٥ حديث ١٧٣٥

(٣)، نظر بعه انسالك ١ ٣٧٧

(٤) ما بين المعنيتين يتبادر من النسخة المحررة لجامع المقاصد، لا صطراب العبارة في «س» و«ص».

(٥) في «ص»: ما يدعو لإباحته.

(٦) نقيه ٤ ١٢ حديث ٩ استهيب ٧ ٧٥ حديث ٣٢١

فظاهر الرواية عدم توقف حلّ النظر على محبيل المولى، وكذا يظهر من اطلاق عبارة الكتاب، ويراد بها لا يسمى لنظر اليه في الرواية هو العورة، مع احتماله غير ذلك.

وصرح المصنف في التذكير بحوار النظر إلى جسدها من فوق الثياب ومكشوفة، للحاجة إلى التطيع إليها، لئلا يكون فيها عيب، فيحتاج إلى الاطلاع عليه^(١) وقال شيخنا الشهيد في الدروس يجوز النظر إلى وجهها ومحاسنها، وهل يجوز إلى جسدها من تحت الثياب، بل وإلى عورة؟ نظر أمر به مراعاة التحليل من المولى، وحكى رواية أني بصر السائلة ولم يفت بها^(٢) وبخار الدروس أحوط، إلا أن العمل بالرواية في النظر قوي.

وهل يسوع لمس كما نصصته لم أحد به بصريحاً، لكنه بما سعى الخاضع إليه، والظاهر من عرض المالك لأمة على البيع إيدنه في مقتنيات السوم، وهو النظر واللمس، والاحتياط التوقف على تحليل المولى

أما العكس، وهو نظرها إلى ما لا يحل نظرها إليه، من حيث أنه أحبي، فإن مجرد إرادته شراؤها لا تجوز، بل لا اختيار لها في لشراء ليكون النظر وسيلة إليه كما في النكاح، ولانتفاء المجوز شرعاً، بخلاف النكاح

ويمكن أن يراد بالعكس، شراء المرأة للمملوك الذكر، فإن النظر لا يجوز هاهنا من المحابين، والمعاينة بينها وبين لمسألة السابقة ثابتة، والتفسير الأول الصق بالمقام.

واعلم أن المصنف لم يتعرض هنا إلى النظر إلى أمة الغير إذا لم يرد شراؤها،

(١) التذكير ٢ ٥٧٣

(٢) الدروس ٣٤٦

وإلى أهل الذمة وشعورهن إلا لتلذذ أو ريبة، وأن ينظر الرجل إلى مثله إلا العورة وإن كان شاباً حسن الصورة، إلا لريبة أو تلذذ، وكذا المرأة.

وصرح في التذكرة بحوار النظر إلى وجهها وكفيها وشعرها إذا لم يكن النظر لريبة وتلذذ مع أمن العنت^١، وهو قريب، لأن المملوكة سأنها التردد في المهمات.

فلو حرم النظر ليها مطعماً لرم الحرج والمشقة، ولا طباق الناس في كل عصر على ذلك، لأن خروج الاماء مكشفت بوجوه أعدي، ولم يعمل إنكار ذلك والمنع منه، ولو كان ذلك حراماً لأنكره كغيره من المحرمات وفي تعليل الشيخ في النهاية^٢ حوار النظر إلى أهل الذمة بأنهم بمنزلة الاماء يمتنع على ذلك

قوله: (وإلى أهل الذمة وشعورهن، إلا لتلذذ^٣ أو ريبة)

هذا قول المعيد^٤ والشيخ في النهاية^٥ وغيرها^٦، لأنهم بصرة الاماء، ولقول الصادق عليه السلام، «لا بأس بالنظر إلى ساء أهل هامة والأعراب وأهل ابواب من أهل الذمة والعلوج، لأنهم يدسسون لا يسهون»^٧ ومع ابن ادريس^٨ من ذلك، تمسكاً بعموم دلائل تحريم النظر - ومع التردد فلا بحث في التحريم - والأول أقوى. قوله: (وأن ينظر الرجل إلى منه - إلا العورة - وإن كان شاباً حسن الصورة، إلا لريبة أو تلذذ، وكذا المرأة.

١، التذكرة ٢ ٥٧٤

٢، النهاية ٤٨٤

٣، في «ص» لا لتلذذ.

٤، المقصد ٨٠

٥، النهاية ٤٨٤

٦، وهو المحقق في الشرائع ٢/٢٦٩، وعبره

٧، الكافي ٥ ٥٢٤ حديث ١، العبد ٣ ٣٠٠ حديث ١٤٢٨

٨، اسرائر: ٣٠٨

والمك والنكاح يبيحان النظر إلى السواتين من الجانبين على كراهية.
 ويجوز النظر إلى المحارم عدا العورة، وكذا المرأة.
 ولا يحل النظر إلى الأجنبية إلا لضرورة كالشهادة عليها، ويجوز إلى
 وجهها وكفيها مرة لا أزيد، وكذا المرأة.
 وللطبيب النظر إلى ما يحتاج إليه للعلاج حتى العورة، وكذا لشاهد
 الزنا النظر إلى الفرج لتحمل الشهادة عليه.
 وليس للخصي النظر إلى المألكة ولا الأجنبية، ولا للأعمى سماع
 صوت الأجنبية، ولا للمرأة النظر إليه، وللصبي النظر إلى الأجنبية.

والمك والنكاح يبيحان النظر إلى السواتين من الجانبين على كراهية.
 ويجوز النظر إلى المحارم عدا العورة، وكذا المرأة، ولا يحل النظر إلى الأجنبية
 إلا لضرورة، كالشهادة عليها، ويجوز إلى وجهها وكفيها مرة لا أزيد، وكذا
 المرأة، وللطبيب النظر إلى ما يحتاج إليه للعلاج، حتى العورة، وكذا لشاهد
 الزنا النظر إلى الفرج لتحمل الشهادة عليه، وليس للخصي النظر إلى المألكة
 ولا الأجنبية، ولا للأعمى سماع صوت الأجنبية، ولا للمرأة النظر إليه،
 وللصبي النظر إلى الأجنبية).

تحقيق الكلام في النظر أن يقول: لناظر والمظور إليه إما أن يكونا ذكرين أو
 نثيين، أو لناظر ذكراً والمظور إليه أنثى، أو بالعكس، وعلى التقديرين الأخيرين إما
 أن يكون بينهما نكاح أو ملك أو محرم، ولا، وعلى التقدير الأخير إما أن يكون النظر
 محتاجاً إليه للعلاج وتحمل الشهادة على رأي، أو مطلقاً بحمل الشهادة ومطلق الحاجة
 كالمعاملة، أولاً، وعلى الأخير إما أن يكون الذكر مسحاً، أولاً، وعلى الثاني إما أن
 يكون بالعلم، أو لا، ولأنثى إما أن تكون بالعلم، أو لا، وبالعلمة إما أن تكون عجوراً
 كبيرة، أولاً، فهذا مباحث.

أ: نظر الذكر إلى الذكر وهو جائز ماعدا العورة، وقد سبق تحقيقها في كتاب الصلاة، إلا لحاجة تجوز النظر المحرم، بشرط أن لا يكون هناك تلذذ وريبة، فيحرم معها على البالغ العاقل، ويتناط التكيف بالولي مع عدمه.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون المصور إليه شاباً أولاً، حسن الصورة أولاً، وقوي المصنف في التذكرة^(١) تحريم النظر إلى الأمرد مع خوف الفتنة، لوجوب استعزز عنها، ونقحه بأن من أحس في نفسه بالفتنة حرم عليه بيته وبين الله تعالى إعادة النظر، ويجوز اللبس في هذا القسم كما يجوز النظر.

مرع: هل يحرم النظر إلى العورة في هذا القسم من وراء الثياب؟ الذي يفي بحكمه حجم العورة، بحيث يظهر منه شكل الفضيحة والأتنين، فيه احتمال

ب: نظر الأنثى إلى الأنثى، والكلام في هذا القسم كالكلام في الذي قبله، وهل يفرق بين المسلحة والدمية؟ للشيخ^(٢) قول بأن الذممة لا تنظر إلى المسلمة، حتى الوجه والكفين، لقوله تعالى: ﴿أَوْ نَسَانِهِنَّ﴾^(٣) وليست الذممة مهن، على ما روي عن ابن عباس^(٤) والظاهر أن المراد به (سائهن) على ما ذكره في الكشف: من في خدمتهن من الحرائر والاماء^(٥)، وهو شامل للذممة، فلا يفرق، وهو الأصح.

ج: نظر الذكر إلى الأنثى، فإن لم تكن زوجة لداطر ولا مملوكة ولا محرماً له، فإن كانت صبية صغيرة، ولم تبلغ مبلغاً يكون في مطية الشهوة، يجوز النظر إليها، لانتفاء داعي الشهوة الذي هو مصاد التحريم، وتجوز تعسيل الأجنبية بثلاث سنين

(١) انتدكرة ٢ ٥٧٣

(٢) تفسير التبيان ٧ ٣٨٠

(٣) سورة: ٣٦

(٤) تفسير الكافي ٢ ٦٢ التفسير الكبير للمهر الرازي ٢٣ ٢٠٧

(٥) تفسير الكافي ٣ ٦٢

بمجردة ينبه لذلك.

قال في التذكرة: ولا فرق بين حد العورة وغيره، لكن لا يجوز النظر إلى فرجها^(١). قلت: من حوِّز تعسبها مكشوفة العورة، يلزمه القول بالجواز هنا. ولو كانت عجوزاً، فقد قيل^(٢) إنها كالشابة، لأن الشهوات لا تضبط، وهي محل الوطء، وقد قال عليه السلام: «لكن سافطة لافطة» والأقرب وفقاً للتذكرة أن المراد إذا بلغت في السن إلى حيث تنفي العتة غالباً بالنظر إليها يجوز نظرها، لانتهاء مقتضى، ولقوله تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحاً﴾^(٣) ومن عداها يجوز النظر إليها عند ضرورة أو الحاجة، كما إذا أريد علاجها، فينظر إلى ما لا بد منه، ولمسه أيضاً حتى العورة، وكذا العَصَدُ والحِجَامَةُ للضرورة، وكذا القول في الرجل إذا احتاج إلى علاج المرأة إياه.

ولا يشترط في جواز النظر خوف فوات لعصو، ولا خوف شدة الضنا^(٤)، بل المشقة بترك العلاج كافية، ويبقى أن يكون ذلك بحفظ حرمة محرم، قاله في التذكرة^(٥). وهل يشترط لجواز النظر واللمس هنا فقد الطيب المائل؟ فيه نظر، ولا ريب في الجواز إذا احتسب غير المائل بعزّة

وكذا يجوز النظر إلى لأحسية لمعاملتها ببيع وشبهه^(٦) وكذا لتحمل الشهادة^(٧)

(١) التذكرة ٢، ٥٧٤

(٢) أنظر أحكام القرآن للعروضي ١٢: ٣٠٩، كناية الاختيار ٢: ٢٧

(٣) التذكرة ٢، ٥٧٤

(٤) النور: ٦٠

(٥) الضنا المرضي، التصحيح ٦: ٢٤٦٠ ص

(٦) التذكرة ٢، ٥٧٢

(٧) في «ش»: وعبره

(٨) في «ض»: التحمل بشهادة

عليها ليعرفها عند الحاجة، ولا ينظر الى غير الوجه، لروال الضرورة به، وتكلف كشف وجهها عند الأداء، ليعرفها الشاهد.

وهل يجوز النظر إلى فرج الزاني؟ فيه وجهان.

أحدهما - واختاره في التذكرة^(١) - منع، لأنه نظر إلى فرج محرم، فكان حراماً، وليست الشهادة على الرن عذراً، لأنه مأمور بالستر.

والثاني - واختاره هنا - المحذور، لأنه وسيلة إلى إقامة حد من حدود الله تعالى، ولما في المنع من عموم الفساد، وحظره سموس على هذا المحرم، ولولا ذلك لآتى إلى سد باب هذا الركن من أركان الشرع، ولم تسمع الشهادة بالرنا أصلاً، لتوقف تحملها على الاقدام على النظر المحرم وإدامته، لاستعلام الحال، بحيث يشاهد الميل في المكحلة، وهو معلوم البطلان، والجواز قوي.

وهل يجوز لنظر إلى فرج المرأة للشهادة على الولادة؟ وإلى تديبها للشهادة على الرضاع؟ فيه الوجهان، ووجه المنع، لاكتفاء في ذلك بشهادة النساء، ووجه الحوار دعاء الضرورة، حيث لا يوجد من لسان من يكون أهلاً للشهادة، على ما في جمع النساء للشهادة ومعرفة عدالتهن، من لعن المنفي بالنسبة إلى الرجال، فالجواز لا يحلو من قوة.

ومع انتفاء الحاجة، فإن كان الناظر صبياً غير مميز، لم يحرم على المرأة التكشف له، وإنما هو بمنزلة سائر الحيوانات.

وإن كان مميّزاً، فإن كان فيه ثور شهوة وتشوق، فهو كالبالغ في النظر، فيجب على الولي معه منه، ويجب على الأجنبية التستر عنه، وإلا ففي حوار نظره إلى الأجنبية - بمعنى: أنه لا يجب على الولي معه منه ولا يجب عليها الاحتجاب منه -

قولان:

أحدهما: الجواز كما ينظر الرحمن إلى محارمه، فإن له الدخول من غير استئذان، كما في الأوقات الثلاثة التي هي مظنة لتبدل والتكشف، وذلك: قبل صلاة الفجر، وعند الظهر، وبعد صلاة العشاء، قال سبحانه: ﴿لِيَسْتَأْذِنَكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهْرِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ﴾^(١).

والثاني: المنع لمعوم قوله تعالى: ﴿أَوْ الظُّفُلُ الَّذِينَ لَمْ يَنْظُرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾^(٢) أي: لم يميزوا بينها وبين غيرها، أو لم يقووا على الوطء والأمر بالاستئذان في هذه الأوقات لا يقتضي جواز النظر، وهذا أصح، واختاره في التذكرة^(٣). ولو كان شيعياً كبيراً جداً حرماً، ففي جوار نظره إحصاء، ومثله العين، والمحيث - وهو: التشبه بالنساء - واختار في التذكرة^(٤) أنهم كالمحل، لمعوم الآية^(٥)، وهو قوي، و: ﴿غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ﴾^(٦) إما يدل^(٧) على الأبله الذي لا يحتاج إلى النساء، ولا يعرف شيئاً من أمورهن.

والمجبوب الذي بقي ثيابه، والخصي - الذي بقي ذكره كالمحل، وأما الخصي المسحوق، ففي جواز نظره إلى مالكه لو كان مملوكاً قولان:

(١) النور ٥٨

(٢) النور: ٣٦

(٣) التذكرة ٢ ٥٧٤

(٤) التذكرة ٢ ٥٧٤

(٥) النور ٣٠

(٦) النور ٣٦

(٧) في «ش» ربما يرون

أحدهما: واختاره بعض الأصحاب^(١)، والمصنف في المختلف^(٢) - الجواز لقوله تعالى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾^(٣) قال المصنف، والتخصيص بالاماء لا وجه له، لاشتراك الاماء والحرائر في الجواز^(٤)، وقد قدمنا ما يقتضي إدراج الاماء في: ﴿نَسَائِهِمْ﴾^(٥) إلا أن هذا يقتضي جواز نظر المملوك المحل إلى مالكة وأن يخلو بها^(٦) كالامة، وهو الذي قواه الشيخ في المبسوط^(٧) في آخر كلامه، وإن كان بحيث إذا نظر إلى أوله اشعر بالتردد، بل حكى المصنف في المحصف عن ابن الجبلة أنه قال: وروي عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي الحسن موسى عليه السلام كراهة رؤية الخصيان الحرة من لسان حراً أو مملوكاً^(٨)، فلهذا^(٩) الكلام يلوح منه الميل إلى الجواز مطلقاً، وقد روى محمد بن اسماعيل في الصحيح^(١٠) عن الرضا عليه السلام قال: سألت عن قناع النساء الحرائر من الخصيان؟ فقال: «كانو يدخلون على بنات أبي الحسن عليه السلام ولا يتقنعن»^(١١) وروى إسحاق بن عمار أنه سأل الصادق عليه السلام: أينظر المملوك إلى شعر مولاته؟ قال: «نعم وإلى ساقها»^(١٢).

(١) اختاره الشيخ في المبسوط ٤: ١٦١

(٢) المختلف: ٥٣٤

(٣) النور ٣٩

(٤) المختلف: ٥٣٤

(٥) نور ٣٩

(٦) في «ش»: ولا يخلو، ولثبت من «ض» وهو الواقع للمبسوط.

(٧) المبسوط ٤: ١٦١

(٨) المختلف: ٥٣٤

(٩) في «ض»: وإن كان قد

(١٠) لمط. في الصحيح، لم يرد في «ض».

(١١) الكافي ٥: ٥٣٢ حديث ٣، التهذيب ٧: ٤٨٠ حديث ١٩٢٦، الاستبصار ٣: ٢٥٢ حديث ٩٠٣

(١٢) الكافي ٥: ٥٣٦ حديث ٣

والثاني: - وهو مختار الشيخ في خلاف^(١)، والمصنف في التذكرة^(٢) - العدم، لما رواه أحمد بن إسحاق عن الكاظم عليه السلام، قال قلت له: يكون للرجل الخصى يدخل على نسائه فيباوئهن الوضوء، فيرى شعورهن؟ فقال: «لا»^(٣) وحمل الشيخ الرواية الأولى^(٤) على التقية، لما روي أنه عليه السلام سئل عن ذلك، فقال له: «أمسك عن هذا» ولم يجبه^(٥)، وهو يدل على التقية، ومختار المختلف^(٦) لا يخلو من قوة، وعليه تدل الآية^(٧).

وأما الأجبية التي بلغت مهلقاً صارت به مظنة الشهوة ولا حاجة إلى نظرها، فإنه يحرم على البالغ نظر ما عدا وجهها وكفيها إجماعاً، وكذا من كان كالبالغ، بمعنى: أنه يجب على الولي منع غير المكلف من النظر ويجب على المرأة الاحتجاب منه، لا خلاف في ذلك بين أهل الاسلام، وأما الوجه والكمكان، فإن كان في نظريها خوف ريبة وحصول فتنة حرم أيضاً إجماعاً، وإلا ففي المواز قولان:

أحدهما: - واختاره الشيخ^(٨) - لحوار على كراهية، لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾^(٩) وهو مفسر بالوجه والكفين، ولأن ذلك مما يحرم به

(١) خلاف ٢ ٢٠٤ مسأله ٥ من كتاب النكاح

(٢) لتذكرة ٢ ٥٧٤

(٣) التهذيب ٧ ٤٨٠ حديث ١٩٢٥، الاستبصار ٣ ٢٥٢ حديث ٩٠٢

(٤) وهي رواية محمد بن إسحاق عن الرضا عليه السلام المتقدمه

(٥) التهذيب ٧ ٤٨٠ حديث ١٩٢٧

(٦) لمختلف: ٥٣٤ كى تقدم

(٧) في هـ: سر

(٨) لبور: ٣١

(٩) لميسوط ٤ ١٦٠

(١٠) لبور: ٢٦

الهلوى، ولا طباق الناس في كل عصر على خروج كثير من النساء بأديات الوجوه والأكف من غير نكير، خصوصاً أهل القرى والبوادي، ولا انتفاء المقتضي - وهو: خوف الفتنة - إذ لا كلام في التحريم معه.

والثاني: التحريم، وقواء المصنف في التذكرة^(١)، لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾^(٢) الآية. والاتفاق المسلمين على منع النساء من أن يخرجن سافرات، ولو حل النظر لمرء من منزلة الرجل ولأن النظر إليهن مظنة الفتنة، ولأنهن^(٣) محل الشهوة - فاللاتق بمحاسن الشرج حسم الباب والإعراض عن تفاصيل الأحوال، كالحلوة بالأجنبية - ولحديث الخنعمية: حيث أتت إلى النبي عليه السلام بمنى في حجة الوداع لمستغنية في الحج، وكان الفضل بن العباس رديف رسول الله صلى الله عليه وآله، فأخذ ينظر إليها وتنظر إليه، فعصره النبي صلى الله عليه وآله وآله وجه الفضل عنها، وقال رجل شاب وامرأة شابة فخشيت أن يدخل بينهما الشيطان^(٤)

وفي هذه الدلائل نظر، لأن الوجه والكفين مستثيان، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾^(٥) وما ادعي من اتفاق المسلمين على منع النساء من أن يخرجن سافرات، فالعلوم خلاصه، ولو لم يلزم أن يحرم النظر مطلقاً بسببه، لأن هذا الفعل أليق بالمروءة، وأحرى بالسلامة من الفتنة، فربما كان على جهة الأفضلية، على أنه لو علم إطباقهم على وجوبه لم يدل على المراد، لأنه لم يتحقق الاحتجاب عن الناظر بشهوة

(١) التذكرة ٢ ٥٧٣

(٢) النور ٣٦

(٣) في «ش»: وهو

(٤) أنظر: سنن الترمذي ٣ ٢٢٣ حديث ٨٨٥. مسند أحمد ١ ٧٦، سنن البيهقي ٤ ٢٢٨

(٥) النور ٣٦

إلا بالاحتجاب مطلقاً، لأن المقصود لا يطع عليها
وحديث الخثعمية أولاً: لا دلالة فيه على التحريم، وإلا لنهاها صلى الله عليه
 وآله عن النظر حتى لا يعود إليه مرة أخرى، وصرف وجه الفصل عنها غير دال على النهي،
 خصوصاً بالنسبة إليها.

وثانياً أنه لا دلالة على أن صرف وجه الفصل كان على طريق الوجوب،
 فربما كان ذلك على طريق الأولى، ولو سلم كونه للوجوب وإعادة ذلك التحريم، لم
 يدل على المراد هنا، لأنها أداما النظر، على وجه أنظر بالميل القلبي من كل منها، ولا
 بحث في التحريم حينئذ، ولأنه عليه السلام صرح بحرف الفتنة، وهو غير محل النزاع
 قيل: إنه عليه السلام عُلِّلَ بشبهائها، وهو مظنة الشهوة وحرف الشيطان.
 قلنا إنما عُلِّلَ به عندما ما رأى سوء هذه الفسة، وهو إدامه النظر من كل منها.
 واختار المصنف في هذا الكتاب حوار النظر إلى الوجه والكفين خاصة، مرة لا
 أزيد.

فتتبعه: أن النظر الذي يدام ويتوالى مطية الفتنة - لأن شأنه أن يحدث عنه
 الميل القلبي وتترتب عليه الفتنة، مثل النظر الواقع من الفصل - دون النظرة الواحدة
 المباشرة لا عن داعي شهوة وميل قلبي، ولا ريب أن التحريم مطلقاً طريق السلامة.
 وأما الزوجة والمملوكة لقي لا زوج لها، فيحل النظر من الجانبين، حتى إلى
 العورة على كراهية، وعند ابن حجر يُنظر إلى فرج المرأة حالة الجماع محرماً^(١)،
 والنصوص^(٢) الواردة بحله حجة عليه

والمملوكة لمروحة كالأجنبية، وكذا المرتدة والوثنية والمجوسية - على قول -

(١) الوسيلة ٣٧٠

(٢) الكافي ٥ ٤٩٧ حديث ٥، لتهذيب ٧ ٤١٣ حديث ١٦٥١ لوسائل ١٤ ٨٤ باب ٥٩ من كتاب

والمكاثبة والمشاركة، بخلاف الموهوبة والمؤجرة والمستبارة والمعتدة عن وطء شبهة على الأقرب، فيجوز النظر إليهن.

وأما المحارم - والمراد بهن: من حرم نكاحه مؤبداً، بنسب أو رضاع أو مصاهرة، يعقد أو ملك يمين، واحترزنا بالقيد الأخير عن نحو أم المربي بها والموطوءة بالشبهة، على القول بأن الشبهة والزنا ينشر حرمة المصاهرة - فإن نظرهن من الجانبين جائز إلى البدن كله، مستوراً وغير مستور، لا السواة إذا لم تكن هناك ريبة، لقوله تعالى: ﴿ولا يبدن زينتهن إلا ليهولتهن﴾^(١)، إمعاناً لضرورة أيجوز للنظر إلى عورة الأجنبية وبالعكس يجوز لها بطريق أولى، ولا يفرق فيها عدا لعورة بين الوجه والكفين والتدي حال الارضاع وسائر البدن.

ومنع بعض النشافيه من النظر إلى ما عدا الوجه والكفين من المحارم^(٢)، واستثنى بعض النظر إلى التدي حال الارضاع لشدة الحاجة^(٣)، وفرق بعضهم بين المحارم بالنسب وبين المحارم بالمصاهرة وارضاع^(٤)

والكل ضعيف، لأن الرضاع لحمية كحمية النسب، ولأن المحرمية معنى يوجب قطع المناكحة، وتحريمها على التأييد، فكنا كالرجلين والمرأتين، وسيأتي إن شاء الله تعالى في كلام المصنف في المطلب الثالث في لرضاع من هذا الكتاب، تحريم النظر إلى جسد المحارم وبيان رده.

د: نظر الأنثى إلى الذكر، وهو كمنظر الذكر إليها، فكل موضع حكمنا بالتحريم ثمة حكمنا به في نظيره هاوما لا فلا.

(١) سور ٣٦

(٢) لمجموع ١٦: ١٤٠، معي المحتاج ٣: ١٢٩

(٣) معي المحتاج ٣: ١٣٠

(٤) المعني لابن قدامة ٧: ٤٥٦، الشرح الكبير ٧: ٣٤٥

وكما يحرم نظر الأجنبية الى البصير، فكذا الأعمى، لما روي أن أم سلمة قالت: كنت أنا وميمونة عند النبي صلى الله عليه وآله فاقبل ابن أم مكتوم، فقال: «احتجبا» فقلنا: إنه أعمى، فقال عليه السلام «أفعميا وان أمتا؟»^(١).
فروع:

أ: قال المصنف في التذكرة^(٢): «يجوز النظر الى شعر المجنونة المغلوبة وجسدها من غير بعد لقول الصادق عليه السلام: «والمجنونة المغلوبة لا بأس بالنظر الى شعرها وجسدها ما لم يعتمد ذلك»^(٣).
الإزار بجراهما وقال: «أتحوف فيكفر» والقصية وأبيه والمرأة قال: «مباشرة فيك، أو أنك وفعل مثل رُبّ الشيء والسرر (تصريحاً) أهدأ كالمنطقه وكالملاعة، مجراهن - يحرم البائنة، والمخار (حرمت) (ذات البعل)

وظاهر هذا أن النظر إليه^(٤) من تحت الثياب، والمراد بالتمد المذكور، القصد إلى رؤيته، فانه مظنة الريبة^(٥)، بخلاف النظر إليه انفاقاً

ب: الخشى المشكل بالسبية إلى الرجل ولخشى كالمرأة، وبالسبية إلى المرأة كالرجل، لتوقف يقين امتثال الأمر بعض البصر والستر على ذلك وبعض العامة جواز نظر الرجل والمرأة إليها وبالعكس، استصحاباً لما كان ثابتاً في الصغر من حل النظر، حتى يظهر خلافه^(٦). وليس بشيء، لوجود الناقل عن ذلك، والاشتباه غير محقق بتعلق الحكم، لكن لو شكّت المرأة في كون الناظر رجلاً

(١) مكارم الاخلاق، ٢٢٣، سنن البيهقي ٧ ١٢

(٢) التذكرة ٢ ٥٧٤

(٣) الكافي ٥ ٥٢٤، حديث ١ الفقيه ٣ ٣٠٠ حديث ١١٢٨، علل السرائع ٥٦٥

(٤) أي: إلى شعر المجنونة

(٥) في «ض» المصدر، ما به مظنة الفتنة

(٦) مفهومي المحتاج ٣: ١٣٢

أوشك الرجل في كون المنظور إليه امرأة يرم القول بالتحريم، وهو محل تأمل، ويمكن الفرق بإمكان استعمال الحال هنا، بحال الخشْي، ومن ثم وجب الأخذ بالاحتياط في التكاليف المتعلقة به.

ج كل موضع حكمنا فيه بتحريم النظر، فتحريم المس فيه أولى، ولو توقف العلاج على مس الأجنبية دون نظرها، فتحريم لنظر بحاله، وجواز النظر إلى وجه الأجنبية وكفها لا يبيح مسها، لأن المس أدعى إلى الفتنة وأقوى في تحريك الشهوة، ولهذا لا يبطل الصوم بالانزال المسد إلى النظر ويبطل بالمس إلى الملاسة. ويحرم على الرجل ذلك سموة الرجل، وكذا المرأة، ويجوز ذلك الفخذ من فوق الازنار، إلا مع خوف الشهوة والفتنة.

ويجوز مس جسد المحارم من غير شهوة أو ملذذ، خلافاً لبعض العامة^(١)، لحصول النفرة طبعاً، واستفاء المحرم، وبعد تحريم تمييز البست والأخت رجل أبيها وأخيها ومن جرى مجراها، ولثبوت حل لنظر في الصغر ولم يثبت الناقل شرعاً، وخوف الافتتان متنف.

د صوت المرأة عورة يحرم استماعه مع خوف الفتنة لا بدونه، صرح بذلك المصنف في التذكرة^(٢)، ويبعي لها أن تحجب المحاطب لها أو قارع الباب بصوت غليظ ولا ترخم^(٣) صوتها، وقد روى الصدوق أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يسلم على النساء، وكان يكره أن يسلم على الشابة منهن، وقال: «أَتَخَوُّفُ أَنْ يَعْجِبَنِي صَوْتُهَا فَيَدْخُلَ مِنْ الْأَثَمِ عَلَيَّ أَكْثَرَ مِمَّا أَطْلُبُ مِنَ الْأَجْرِ»^(٤).

(١) مضمي المحتاج ٣: ١٣٢-١٣٣

(٢) تذكرة الفقهاء ٦: ٥٧٣

(٣) أي: ولا ترغم، أنظر الصحاح ٥: ١٩٣٠ رجم.

(٤) العنقه ٢: ٣٠٠ حديث ١٤٣٦

وفي الرواية إيباء إلى أن صوتها عورة، وأن سماعه بدون خوف الفتنة لا يحرم.
قال الصدوق في الفقيه بعد أن أورد هذا الحديث إنها قال عليه السلام ذلك
لغيره وإن عبر عن نفسه، وأرد بذلك لتخوف من أن يظن ظان أنه يعجبه صوتها
فيكفر، وللكلام الأئمة صلوات الله عليهم محارج ووجوه لا يعقلها إلا العالمون^(١).
وذهب بعض الشافعية إلى أن صوتها ليس بعورة، لكن يحرم استماعه^(٢).

واعلم، أنه كما يحرم استماع صوتها، يحرم عليها إسماعه الأجانب، كما يحرم
عليها التكشف.

هذا يكره للرحلين أن يَضْطَمِعَا فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ قَالَ صَلَّى الله عليه وآله: «لا
يعصي الرجل إلى الرجل في ثوب واحد، ولا المرأة إلى المرأة في ثوب واحد»^(٣) ومع
الرغبة بمسحان ويؤديها الحاكم، ومع كون كل واحد منها في جانب من الفراش فلا
بأس.

وإذا بلغ الصبي والصبية عشر سنين فرّق بينه وبين أمه وأبيه وأخته وأخيه في
المضجع، لقوله صَلَّى الله عليه وآله: «ضربوهم وهم أبناء عشر، وفرّقوا بينهم في
المضجع»^(٤) ولا يجب إلا مع خوف الفتنة.

و: يستحب مصافحة الرجل للرجل والمرأة للمرأة، وأما مصافحة الرجل للمرأة،
فإن كانت أجنبية لم يجر إلا من وراء الثياب، مع أمن الافتتان وعدم الشهوة، روى
أبو بصير أنه سأل الصادق عليه السلام هل يصافح الرجل المرأة ليست له بهذي محرم؟

(١) الفقيه ٢٠٠: ٣

(٢) إغاثة الطالبين ٢: ٢٦٠

(٣) صحيح مسلم ١: ٢٦٦ حديث ٢٣٨

(٤) سنن أبي داود ١: ١٣٣ حديث ٤٩٥ - سنن البيهقي ٢: ٢٢٩

والعضو الميان كالمتصل على اشكال، واللمس في المحارم كالنظر.

قال، «لا إلّا من وراء الثوب»^(١).

وأما المعانقة ولتقبيل بين الرجلين أو بين المرتين فلا بأس، مع عدم الشهوة
ومن الفتنة، وروى لصدوق عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال «مباشرة المرأة
ابنتها إذا يلعب ست سين شعبة من الزنا»^(٢) وسأل أحمد بن النعمان الصادق عليه
السلام، فقال له حويرية ليس بي وبيني رجم وله ست سين؟ قال «لا تضعها في
حجرك»^(٣) وعنه عليه السلام قال، إذا بلغت الجارية ست سنين فلا يقبلها [الغلام]^(٤)،
والغلام لا يقبل المرأة إذا حاز سبع سنين»^(٥).

قوله: (والعضو الميان كالمتصل على أشكال، واللمس في المحارم
كالنظر).

أي العضو^(٦) المفصل ممن يحرم النظر إليه كالمتصل في تحريم النظر إليه على
إشكال، يشاء من أن مناط تحريم النظر إلى الأجنبية خوف الفتنة وحصول الشهوة،
ودلك مسند في الميان^(٧)، لأنه صار كاللحم، ومن أن ثبوت تحريم النظر قبل الاتصال
يحب استصحابه، لعدم الناقل وفي وجه للشافعية^(٨) أن المفصل إن تميز بصورته
وشكله عما للرجل حرم، لبقاء المحذور، وإلا لم يحرم، كقلامة الظفر والشعر والجلد

(١) لكافي ٥٢٥ ٥ حديث ٢ الفقيه ٣٠٠ ٣ حديث ١٤٣٧

(٢) الفقيه ٢٧٥ ٢ حديث ١٣٠٦

(٣) الفقيه ٢٧٥ ٣ حديث ١٣٠٧، وفيه سأل محمد بن النعمان أبا عبد الله عليه السلام فقال له عدى

حويرية

(٤) ريادة من المصدر تفتصيله العبارة

(٥) الفقيه ٢٧٦ ٢ حديث ١٣١١

(٦) في «ص»: الجزء

(٧) في «ص»: وذلك مستند في دليل الفقيه

(٨) مقني المحتاج ٣ ١٣٤، كفاية الأحيار ٢٨٠ ٢

هذه الخطبة مستحبة، إما تعريضاً كرب راغب فيك، أو حريص عليك، أو إني راغب فيك، أو أنك علي كريمة، أو أن الله لسائق إليك خيراً أو رزقاً.

ولو ذكر النكاح أبهم المخاطب، كرب راغب في نكاحك

المنكسطة.

والأصح التحريم مطعماً إذا كان مما يحرم النظر إليه متصلاً، وقوله: (واللمس في المحارم كالنظر) قد سبق بيانه في المروع.

قوله: (هذه الخطبة مستحبة، إما تعريضاً كرب راغب فيك، أو حريص عليك، أو إني راغب فيك، أو أنك علي كريمة، أو أن الله لسائق إليك خيراً أو رزقاً، ولو ذكر النكاح أبهم المخاطب، كرب راغب في نكاحك)

الخطبة، - بالكسر - استدعاء بكح المرأة، ولا خلاف في جوارها في غير موضع النهي، بل تستحب، لأن النبي صلى الله عليه وآله فعل ذلك، لأن النحاشي حطب لرسول الله صلى الله عليه وآله بنت أبي سفيان عن أمره^(١)، وحطب صلى الله عليه وآله أم سلمة - وقد توفي عنها ابن عمها - وهو متحامل على يده حتى أثر الحصى في يده من شدة تحامله عليها^(٢)، وفعل الدس في الأرملة المتعددة والبلاد المتباينة يدل عليه، وليست شرطاً للصحة قطعاً.

ثم اعلم أن الخطبة إما تعريض أو نصريح، والمحطوبة إما خلية من زوج وعدة أو مشغولة بأحدهما، والمخاطب إما زوج أو أجبي.

فالتصريح: الخطاب بها لا يحتمل إلا النكاح، مثل: أريد أن أنكحك، وإذا حلفت فلا تفوتي علي نفسك

(١) في «ش» و«ص». عن امرأة، ونسب من النسخة المحررة، وروى هذا الحديث الكلبي في الكافي

٢٦٧:٥ حديث ١، والشيخ في التهذيب ٤٠٩٧ حديث ١٦٣٣

(٢) أي متحامل على يده، وروى هذا الحديث سيهتي في سنة ١٧٨٧

ونهى الله تعالى عن المواعدة سرّاً إلا بالمعروف، كأن يقول: عندي جماع يرضيك، وكذا أن أخرجه مخرج التعريض كأن يقول: رب جماع يرضيك، لأنه من الفحش.

والتعريض هو الاتيان بلفظ يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها، مثل: ربّ راغب فيك، أو حريص عليك.

والفرق بينه وبين الكتابة. أن الكتابة هبارة عن أن يذكر الشيء بغير لفظ الموضوع له، كقولك: طویل النجاد والحمال طویل القامة، وكثير الرماد للمضيف، والتعريض أن يذكر شيئاً يدل به على شيء لم يذكره كقول المحتاج للمحتاج إليه: حثتك لأسلم عليك، ففي الأول المعنى المطلوب باللفظ غير موضوع له اللفظ، وفي الثاني اللفظ المذكور يلوح منه ما يدل على المراد، وهو اللفظ الدال على الطلب.

واعلم أيضاً أن من ألفاظ التعريض قول القائل: إني راغب فيك، أو إنك عليّ كريمة، لأن ذلك يحتمل الرغبة في النكاح وغيره، أما لو صرح بالنكاح فلا بد من إبهام الخاطب، ليكون اللفظ محتملاً لإرادة نكاحه ونكاح غيره، وإلا لكان تصريحاً.

والحاصل أنه إن صرح برغبة نفسه أيهم النكاح، ليحتمل للفظ النكاح وغيره، وإن صرح بالنكاح أيهم الراغب، ليكون اللفظ تعريضاً بالنسبة إليه، وفي الذي قبله تعريض بالنسبة إلى النكاح، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وآله قال لفاطمة بنت قيس: «إذا حلت فإدبي ولا تعوتيني نفسك»^(١).

قوله: (ونهى الله تعالى عن المواعدة سرّاً إلا بالمعروف، كأن يقول: عندي جماع يرضيك، وكذا أن أخرجه مخرج التعريض، كأن يقول: ربّ جماع يرضيك، لأنه من الفحش).

(١) في «ص»: يدل على شيء لم يذكر

(٢) نظر سنن أبي داود ٢٨٥ و ٢٨٦ حديث ٢٢٨٤ و ٢٢٨٧ سنن البيهقي ١٧٨:٧

وإما تصريحاً كأن يقول: إن انقضت عدتك تزوجت بك.
وكلاهما حرام لذات البعل، وللمعتدة الرجعية وللمعومة أهدأ
كالملقة تسعاً للعدة، وكالملاعنة، وكالمرضعة، وكبنت الزوجة ممن حرمت
عليه. ويجوز التعريض هؤلاء من غيره في العدة والتصريح بعدها.

قال الله تعالى وتقدس: ﴿ولا جناح عليكم فيها عرضتم به من خطبة النساء
أو أكنتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن
تقولوا قولاً معروفاً﴾^(١) وتقدير الكلام: علم الله أنكم ستذكرونهن ولا تواعدوهن
سراً، والسري: وقع كناية عن الوطء ومصاه. لا تواعدوهن جماعاً إلا بالتعريض، بحيث
لا يكون في الكلام لفظ يدل على الجماع صريحاً، لأن ذلك من الفحش وليس من
المعروف.

على هذا لو أسي بلفظ يدل على الوطء صريحاً وأبهم الفاعل - مثل: ربّ جماع
يرصيك - كان منهيّاً عنه، لأن التصريح بالجماع فحش، ولا يزول الفحش بإبهام
الفاعل، وقد صرح المصنف في التحرير^(٢) والتدكره^(٣) بأن هذا النهي للكرهة.
قوله: (وإما تصريحاً، كأن يقول: إذا انقضت عدتك تزوجت بك).
هذا معطوف على قوله. (إما تعريضاً كرتب راعب فيك...)، وقوله: (ونهي الله
تعالى...) معترض.

وهنا سؤال، وهو: أن قوله: (الخطبة مستحبة إما تعريضاً كرتب راعب فيك...
وإما تصريحاً) يقتضي استحباب كل من القسمين، فكيف ينتظم مع قوله: (وكلاهما
حرام لذات البعل...)?

وجوابه: أن المراد أن الخطبة مستحبة إما تعريضاً وإما تصريحاً في الجملة، لا في

(١) البقرة ٢٣٥

(٢) تحرير الأحكام ٥٢

(٣) تذكرة المفهاء ٥٧٠ ٦

كل موضع ولا بالنسبة إلى كل امرأة، بل في مواضع مخصوصة، فربما حرمت مطلقاً في بعض النساء، وربما حرم التصريح دون التعريض.

وتنقيحه يحصل بقوله: (وكلاهما حرام - لذات البعل، وللمعتدة الرجعية، والمحترمة أبدأ: كال المطلقة تسعاً للعدة، وكالملاعبة، وكالمرضة، وكبنت الزوجة - بمن حرمت عليه، ويجوز التعريض هؤلاء من غيره في عدة، والتصريح بعدها).

أراد بقوله: (وكلاهما) التعريض بالخطبة والتصريح بها. ولا شبهة في تحريم خطبة ذات البعل تعريضاً وتصريحاً، بواسطة وبغيرها، ولا خلاف في ذلك بين العلماء، ولما لم يذكر ذلك من الفساد.

والمطلقة رجعيّاً زوجة، فيحرم خطبتها. والمحترمة أبدأ - كال المطلقة تسعاً للعدة، وكالملاعبة، وكالمرضة، وكبنت الزوجة المدخول بها، ومن جرى مجراها - يحرم أيضاً خطبتهن بمن حرمن عليه تصريحاً وتعريضاً، لامتناع نكاحه لهنّ شرعاً.

وأما غيره، فإنه يجوز له التعريض لمن في العدة البائنة، سواء كانت لمن حرمن عليه أم لغيره، والتصريح مع الخنثى عنها وعن الزوج، لانقضاء المانع.

والمراد بالمرضة في قوله: (وكالمرضة) الأم من الرضاعة، وهو المتبادر من سوق الكلام، ويمكن تكلف ادراج كل من حرمت بالرضاع على الشخص، كمرضة أبيه مثلاً.

والجار في قوله: (ومن حرمت عليه) يتعلق بها دل عليه قوله: (وكلاهما حرام) أي: وصدر كليهما حرام ممن حرمت عليه، إلى آخره.

والضمير المستتر في (حرمت) يعود إلى كل واحدة من المحرمات مؤبداً المذكورات، وليس يبعد عوده إلى جميع المذكورات (ذات البعل) ومن بعدها، فإن كل من حرم عليه المذكورات بشيء من الأمور المذكورة يحرم عليه خطبتهن تعريضاً

والمطلقة ثلاثاً يجوز التعريض لها من الزوج وغيره.
ويحرم التصريح منها في العدة، ويجوز من غيره بعدها، والمعتدة بائنة
كالمختلعة.

والمفسوخ نكاحها يجوز التعريض لها من الزوج وغيره، والتصريح
من الزوج خاصة

وتصريحاً.

قوله: (والمطلقة ثلاثاً يجوز التعريض لها من الزوج وغيره، ويحرم
التصريح منها في العدة، ويجوز من غيره بعدها).
لما كانت المطلقة ثلاثاً حراماً على المطلق إلى أن تنكح زوجاً غيره، كان
التصريح من الزوج لها بالمخطبة حراماً في العدة وبعدها، لأنها إذا تحققت رغبة الزوج
فيها بالتصريح بالمخطبة، لم يؤمن أن يكذب في دعوى انقضاء العدة وحصول التحليل
إن اكتفيها بقوله فيه، بخلاف التعريض، فإنه لا يتحقق به ذلك، ويجوز التعريض منه
في الحالين، فإن تحريمها غير مؤبد، والمحدود مندفع.

وأما بالنسبة إلى غير المطلق، فإن التصريح لها حرام في العدة خاصة، فهجوز
التعريض لها في العدة والتصريح بعدها، لا تنفاه المحذور حيثئذ، بخلاف ما إذا كانت
في العدة، والظاهر أنه لا خلاف في ذلك.

قوله: (والمعتدة بائناً - كالمختلعة، والمفسوخ نكاحها - يجوز التعريض
لها من الزوج وغيره والتصريح من الزوج خاصة) .

أما الزوج فإن العدة له، ويجوز إنشاء النكاح حينئذ ورجوعها في عوض الخلع
ليرجع، فلا محذور في التصريح بالمخطبة، سواء كان لفسخ من قبله أم من قبلها.

وأما غيره، فإن المحذور بتصريحه بالمخطبة لها قائم في العدة منتف بعدها، فيمنع
من التصريح فيها لا بعدها، ويسدح في المعتدة بائناً المتوفي عنها زوجها، ولا فرق في
هذه المسائل بين أن تكون المخطوبة حاملاً أم لا.

والاجابة تابعة.

ولو صرح في موضع المصع أو عرض في موضعه، ثم انقضت العدة، لم يحرم نكاحها. ولو أجابت خطبة زيد ففي تحريم خطبة غيره نظر، إلا المسلم على الذمي في الذمية، ولو عقد الغير صح.

قوله: (والاجابة تابعة).

أي إجابة المرأة خطبة المخاطب تابعة للخطبة في الجواز والتحريم، فيحرم التصريح في الجواب في كل موضع يحرم التصريح بالخطبة، ويجوز في موضع حوازه، وكذا التعريض.

قوله: (ولو صرح في موضع المصع أو عرض في موضعه، ثم انقضت العدة لم يحرم نكاحها).

أي لو صرح بالخطبة في موضع المصع من التصريح، أو عرض بها في موضع المصع من التعريض، ثم زال المانع - وهو العدة حيث يكون المانع العدة فقط - لم يحرم نكاحها، لأن المعصية السابقة لا تؤثر في النكاح اللاحق، كما لو نظر إليها في وقت يحرم النظر، ثم أراد نكاحها.

قوله: (ولو أجابت خطبة زيد، ففي تحريم خطبة غيره نظر، إلا المسلم على الذمي في الذمية، ولو عقد الغير صح).

إجابة خطبة المخاطب تتحقق بتصريحها بالاجابة، مثل أن تقول: قد أجبتك إلى ذلك، أو تأذن لوليها أن يزوجه مني إن كانت تيباً، أو تسكت إذا استأذنها وليها فيه إن كانت بكراً، فإن ذلك يجري مجرى الأذن، ونكون ممن تجبر فلا يميزها وليها، فيصرح الولي بالاجابة.

ومناً النظر: من أن الأصل الإباحة، وبالإجابة لا تصير زوجة، وإنما أمرها بيدها أو يدها فيجوز.

و: خص رسول الله صلى الله عليه وآله بأشياء في النكاح وغيره، وهي
إيجاب السواك عليه، والوتر، والأضحية، ونكار المنكر وإظهاره، ووجوب

ومن ظاهر قوته عليه السلام: «لا يحطّب أحدكم على خطبة أخيه»^(١) فإن النهي
ظاهر في التحريم، ولما في ذلك من إيذاء المؤمن وكسر خاطره وإثارة الشجاعة
والهضاء، وفي النهي عن الدخول في سوء المؤمن إيذاء إلى ذلك وتثبيته عليه، ولا يضر
عدم ثبوت الحديث، لأن الاجتناب طريق الاحتياط.

ولو لم يصرح بالإجابة، بل أسي بها بشعر بالرصد، مثل لا رغبة عنك، فوجهان:
أحدهما - وهو مقرب التذكير - 'عدم التحريم' لأن خطبة الثاني لم تبطل شيئاً.
والثاني: التحريم، لظاهر الحديث.

ولو لم توجد إجابته ولا يردّ أمكن طرد الوجهين: نظر إلى ظاهر الحديث، وعدم
التحريم في الموضعين قوي، تمسكاً بالأصل، إذ لا معارض يعتد به.
ويجوز الإقدام على خطبه من لا يعلم أحطبت أم لا، أو لم يعلم أن المخاطب
أجيب أم لا.

وهذا كله في مخاطب لمسلم، أما الدمي إذا خطب الدمية، فإن الأصح أن
إجابته لا تمنع جوار خطبة المسلم، للأصل، ولظاهر قوله عليه السلام: «على خطبة
أخيه».

ولو أقدم الغير على الخطبة في موضع التحريم وعقد صح النكاح، إذ لا منافاة
بين تحريم الخطبة وصحة العقد.

قوله: (وخص رسول الله صلى الله عليه وآله بأشياء في النكاح وغيره،
وهي: إيجاب السواك عليه، والوتر، والأضحية، وإنكار المنكر وإظهاره،

(١) سنن الفرمدي ١٣٥ ٢، سنن أبي داود ٢٢٨ ٢ حديث ٢٠٨١، سنن نسائي ٦ ٧٣، سنن البيهقي

التخير لنسائه بين إرادته ومفارقته بقوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا﴾ الآية، وهذا التخير كناية عن الطلاق إن اخترن الحياة الدنيا. وقيام الليل، وتحريم الصدقة الواحبة والمندوبة على خلاف، وخائنة الأعين وهو الغمز بها، ونكاح الاماء بالعقد والكتايبات، والاستبدال بنسائه، والزيادة عليهن حتى نسخ بقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ﴾ الآية، والكتابة، وقول لشعر، ونزع لامته إذا لبسها قبل لقاء العدو.

ووجوب التخير لنسائه بين إرادته ومفارقته - لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِنْتُهَا﴾^(١) الآية، وهذا التخير كناية عن الطلاق إن اخترن الحياة الدنيا - وقيام الليل، وتحريم الصدقة الواحبة والمندوبة على خلاف، وخائنة الأعين وهو: الغمز بها، ونكاح الاماء بالعقد، والكتايبات، والاستبدال بنسائه والزيادة عليهن حتى نسخ بقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ﴾^(٢) الآية، والكتابة وقول الشعر، ونزع لامته إذا لبسها قبل لقاء العدو.

قد جرت عادة الفقهاء بذكر خصائص النبي صلى الله عليه وآله هنا، لأنهم ذكروا خصائصه في النكاح، ثم سحبوا البحث إلى خصائصه في غيره، وقد كان المناسب الابتداء بذكر خصائصه في النكاح، لأن غيرها مذكور هنا استطراداً. ولا يخفى أن خصائصه التي شرفه الله تعالى بها وببره عن سائر خلقه، تنقسم إلى تغليظات وتخفيفات وكرامات، وكل منها إما في النكاح أو في غيره، والتغليظات إما واجبات أو محرمات، وقد بدأ المصنف بها، وذكر ثلاثة عشر أمراً:

أ: إيجاب السواك عليه.

(١) لا هراب: ٢٨

(٢) لا هراب: ٥٠

ب. الوتر

ج: الأضحية، روى عنه صلى الله عليه وآله أنه قال: «كتب عليّ ولم يكتب عليكم السواك والوتر والأضحية»^(١) وفي حديث آخر: «كتب عليّ الوتر ولم يكتب عليكم، وكتب عليّ السواك ولم يكتب عليكم، وكتب عليّ الأضحية ولم يكتب عليكم»^(٢).

د. إنكار المنكر إذا رء وأظهر الابتكار ليعلم، لأن إفراره عليه السلام على فعل يقتضي جوازه، وقد وعده الله تعالى بالعصمة من الناس وتكفل له بالنصر، فقال سبحانه: ﴿والله يعصمك من الناس﴾^(٣).

هـ. وسحب السخير نسيانه بين مفارقتهم ومصاحبتهم لقوله تعالى: ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعنن وأسرحنن سراحاً جيلاً﴾ إلى قوله: ﴿أجرأ عظيم﴾^(٤).

والأصل في ذلك: أنه صلى الله عليه وآله أثر لنفسه الفقر وصبر عليه، فأمر بتحجير نسائه بين مفارقتهم واختيار زينة الحياة الدنيا، وبين مصاحبتهم والصبر على مرارة الفقر، لئلا يكون مكرهاً لهم على صبر الفقر^(٥).

ثم إنهن لما اخترن الدار الآخرة، حرم الله سبحانه عليه التزويج عليهن والتبدل بهن، - مكافأة لهم على حسن صبرهن - بقوله تعالى: ﴿لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج ولو أعجبك حسنهن﴾^(٦).

(١) المجموع ١٤٢١٦، سنن البيهقي ٣٩٧

(٢) مسند أحمد ٣١٧٦، سنن الدار قطني ٤٠٤ حديث ٤٢، سنن البيهقي ٢٦٤٩

(٣) المائدة ٦٧

(٤) الأحزاب: ٢٨

(٥) في «ص»: على صبر الفقر

(٦) الأحزاب ٥٢

ثم نسخ ذلك - لتكون المنة له صلى الله عليه وآله بترك التزويج عليهن - بقوله تعالى: ﴿إِنَّا احْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ الَّتِي أَتَيْتَ﴾^(١) الآية

وروي أن بعض ساء النبي صلى الله عليه وآله طلبت منه حلقة من ذهب، فصاغ لها حلقة من فضة وطلاها بالزعفران، فقالت لا أريد إلا من ذهب، فاعتم النبي صلى الله عليه وآله لذلك، فنزلت آية التحجير^(٢)

وقيل: إنها خيرهن لأنه لم يمكنه التوسعة عليهن، وربما يكون فيهن من تكره المقام معه على ذلك، فتره الله تعالى من ذلك بالأمر بالتخير^(٣).

إذا عرفت ذلك، فهذا التخير عند العامة كناية عن الطلاق، يقع إذا حثرت نفسها ونويها معاً، فإن لم ينوي أحدهما لم يقع بمشيئته^(٤).

قال قوم: إنه صريح فيه، وقال آخرون: إنه لا يكون طلاقاً أصلاً، بل الطلاق اختيارها نفسها، لقوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنِ أُمْتَعِكُنْ وَأُسْرَحِكُنْ مِرَاحاً جَبِيلاً﴾^(٥) ولو كان ذلك طلاقاً لم يكن لتسريح بعده معنى، وهذا الأخير هو الجاري على أصولنا، فإن الطلاق لا يقع بالكتابات، وليس في الآية ما يقتضي مخالفة حكمه لحكما في ذلك، وقد نبه المصنف على ذلك في التذكرة^(٦)، ومن هذا يعلم أن قوله هنا: (وهذا التخير كناية عن الطلاق) ليس بجيد.

و: قيام الليل، لقوله تعالى: ﴿وَمِنَ اللَّيْلِ فَسُجِّدْ لَهُ سُجُودَ النَّاسِ﴾^(٧) وإن أشعر

(١) الاحزاب: ٥٠

(٢) الجامع لأحكام القرآن، لقرطبي ١٤: ١٦٢

(٣) المصدر السابق

(٤) نظراً لأحكام القرآن للكبها الهراسي ٤: ٣٤٥

(٥) الاحزاب: ٢٨

(٦) لتذكرة ٢: ٥٦٦

(٧) الاسراء: ٧٩

لفظ النافلة بالسنة، لكنها في اللغة الريانة، فلا ضرورة إلى التجوز بلفظ الأمر.
ولقائل أن يقول: إيجاب قيام الليل يغني عن التعرض لإيجاب الوتر، لأن قيام
الليل يتأدى به.

ويمكن الجواب: بأن إيجاب قيام الليل لا يقتضي إيجاب لوتر بخصوصه،
فحيث كان واحداً بخصوصه تعين ذكره.

و: بتحريم الصدقة الواجبة صيانة لمصلحة العلي عن أموال الناس التي تُعطى
على سبيل الترحم، وينبئ ذلك على ذل الآخذ، وإيدل بالعمى الذي يؤخذ على سبيل
القهر والطلب، وسيئ عن حر الآخذ وذل المأخوذ منه.
ومشاركة أولي القربى إياه في تحريمها لا تقدح في كون ذلك من خصوصياته،
لأن التحريم عليهم بسببه، ولخاصه عائده إليه، وقد قال صلى الله عليه وآله: ((إنا
أهل بيت لا تحل لنا الصدقة))^(١).

وأما المدونة، فإن في تحريمها عليه صلى الله عليه وآله خلاف، والتحريم قوي،
وقد بينا دليله في باب الصدقة.

ح: حائنة الأعين، وهو: الغمز بها، والمراد به: الإيحاء إلى مباح - من نحو ضرب
أو قتل - على خلاف ما يظهر ويشر به الحال، وإنما قيل له حائنة الأعين، من حيث
لأنه يشبه الخيانة من حيث به يخفي، ولا يحرم ذلك على غيره إلا في محظور
قال في التذكرة: أن يظهر خلاف ما يظمر، قال صلى الله عليه وآله: «ما كان
لنبي أن يكون له خائنة الأعين»^(٢) وطرده بعض ذلك في الحروب، فمنع من الخدع فيها،
ورد بانه صلى الله عليه وآله قد صح عنه أنه كان إذا أراد سراً ورى بعيره، وبأن ذلك

(١) أنظر عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢٩٢ حديث ٣٢ مسند أحمد ٤٠٩٢ و ٤٩٠٣

(٢) من البيهقي ٤٠٧ الخصائص الكبرى ٢٣٨٢، ومبها لا ينبغي أن تكون لنبي خائنة الأعين.

من الحزم المطلوب^(١).

ط: نكاح الاماء بالعقد، لأن ذلك لا يليق بمنصبه صلى الله عليه وآله، فإن كون الزوجة مملوكة للغير محكوماً عليها لغير الزوج مردول، ولأن نكاحها على الأصح مشروط بالخوف من العنت، وهو صلى الله عليه وآله معصوم من أدناس البشر، وبفقدان طول الحرية، ونكاحه صلى الله عليه وآله مستثنى عن المهر ابتداء وانتهاء.

أما وطؤها بملك اليمين فلا مانع.

ي: نكاح الكتابيات بالعقد، لأن ذلك لا يليق بمنصبه العلي، ولأن نساءه صلى الله عليه وآله أمهات المؤمنين، والكتابية بصفة من ذلك، وهذا إن جوزنا لغيره صلى الله عليه وآله نكاحهن، وإلا فالتعريم مشترك بينهما وبين الأمة.

يا: الاستبدال بنسائه والزيادة عنهن - حتى نسخ بقوله تعالى ﴿إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ﴾^(٢) الآية مكافأة على حسن صنعهن، كما نهينا عليه فيها سبق.

يب: الكتابة وقول الشعر، تأكيداً لحجته وإظهاراً لمعجزته، قال سبحانه: ﴿وَلَا تَحْطُ بِهَيْبَتِكَ﴾^(٣) ﴿الرَّسُولَ النَّبِيُّ الْأَمِينُ﴾^(٤) وقال تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْنَاهُ الشِّعْرَ وَمَا يَنْبَغِي لَهُ﴾^(٥) وفي ذلك دلالة على أنه ما كان يحسنهما.

والمصنف في التذكرة بعد أن حكى اختلاف قولي الشافعي^(٦) - في أنه هل كان يحسنهما أم لا - قال: إنما يتجه التعريم على الأول^(٧)، أي على القول بأنه كان

(١) تذكرة الفقهاء ٥٦٦: ٢. باختلاف وتقديم وتأخير

(٢) الأعراف: ٥٠.

(٣) المكيوت: ٤٨.

(٤) لأعراف: ١٥٧.

(٥) يس: ٦٩.

(٦) مجموع: ١٦ ١٤٣.

(٧) تذكرة الفقهاء ٥٦٦: ٢.

وأبيح له أن يتزوج بغير عدد، وأن يتزوج ويطأ بغير مهر ويلفظ الهبة، وترك القسم بين زوجاته، والاصطفاء، والوصال، وأخذ الماء من العطشان، والحمى لنفسه.

وأبيح لنا وله الغنائم، وجعل الأرض مسجداً وتراها طهوراً.
وأبيح له دخول مكة بغير حرام، وإذا وقع بصره على امرأة ورغب فيها وجب على الزوج طلاقها.

يحسبها، وفيه بحث، لأن تحريمها إذا كان لا يحسبها صحيح، لأن فعلها يمكن بالتعلم، فيحرم فعلها والوسيلة إليه.

يجزى لأمته إذا ركبها قبل لقاء العدو ومقاتلته، قال عليه السلام: «ما كان لبي إذا لبس لأمته أن يزعجها حتى يلتقي العدو»^(١) والأمة - مهموزة - النزع، وقيل: السلاح، ولأمة الحرب أذاته، وقد ترك الهمز تحميماً، ذكره ابن الأثير في النهاية^(٢)
قوله: (وأبيح له أن يتزوج بغير عدد، وأن يتزوج ويطأ بغير مهر ويلفظ الهبة، وترك القسم بين زوجاته، والاصطفاء، والوصال، وأخذ الماء من العطشان، والحمى لنفسه، وأبيح لنا وله الغنائم، وجعل الأرض مسجداً وتراها طهوراً).

وذكر في آخر المبحث أنه: (أبيح له دخول مكة بغير حرام، وإذا وقع بصره على امرأة ورغب فيها وجب على الزوج طلاقها).

قد ذكر المصنف من التخفيفات في النكاح وغيره أحد عشر نوعاً:
أ: أبيح له صلى الله عليه وآله أن يتزوج بعد عدد على أصح الوجهين، لامتناع الجور عليه، ولظاهر قوله تعالى: ﴿إنا أحلنا لك أزواجك اللاتي﴾^(٣) الآية.

(١) صحيح البخاري ٩/١٢٨، سنن الدارمي ٢/١٣٠، مسند أحمد ٣/٢٥١

(٢) النهاية ٤، ٢٢٠ لأم

(٣) الأحزاب - ٥٠

وما روي عن عائشة قالت: إن النبي صلى الله عليه وآله لم يمت حتى أحل له النساء^(١)، يعني: اللاتي حظرن عليه، ومن ذلك الزيادة على نسائه.

وقد مات النبي صلى الله عليه وآله عن تسع عائشة، وحفصة، وأم سلمة بنت أبي أمية المخزومي، وأم حبيبة رملة^(٢) بنت أبي سفيان، وميمونة بنت الحارث الغلالية، وجويرية بنت الحارث الخزاعية، وسودة بنت زمعة، وصفية بنت حيي بن أخطب الخيرية، وزينب بنت جحش.

أما طلاقه فكطلاق غيره، يحصر في الثلاث، كعموم النص^(٣)، خلافاً لبعض السافعية^(٤).

ب: أبيع له أن يتزوج ويطلق غير مهر ولمعظ الهبة لقوله تعالى: ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي﴾^(٥) فعلى هذا لا يجب بالعقد مهر ولا بالدخول قضية للهبة، ويحوز أن يعد هو صلى الله عليه وآله بالمعظ الهبة، كما لا يشترط لفظ النكاح من الواهبة، فإن الإيجاب والقبول يجب أن يكون مورداً هما واحداً، وأن يتطابقا.

وقال بعض الشافعية^(٦): إنه يشترط في جهته لفظ النكاح، وإن كان من جهة المرأة الهبة، لظاهر قوله تعالى: ﴿أن يستنكحها﴾^(٧).

ولا دلالة له على اشتراط لفظ النكاح، إنما يدل على النكاح، وهو ثابت في حقه صلى الله عليه وآله بالهبة

(١) الخصائص الكبرى ٢: ٢٣٢

(٢) في «ش» و«ص» والنسخة المجرية: ولم حبيبة ورملة، وهو خطأ واضح، لأن عدد نسائه صلى الله عليه وآله أنه كان خمسة عشر، ولأن اسم أم حبيبة رملة كما في أسيرة النبوة لابن هشام ٤: ٢٩٣-٢٩٤.

(٣) نظر الوسائل ١٥، ٣٥٠ باب ٣ من أبواب أحكام الطلاق وأحكامه.

(٤) الخصائص الكبرى ٢: ٢٤٨

(٥) لأعراب: ٥٠

(٦) الخصائص الكبرى ٢: ٢٤٧

(٧) لأعراب: ٥٠.

ولو حرد نكاحه عن ذكر المهر، فهل يجب مهر بالدخول كغيره أم لا؟ - إـ
ليس من لوازم نكاحه - فيه وجهان.

جـ: أبيع له ترك القسم بين زوجاته، فإذا كانت عند واحدة ليلة لم يلزمه أن يبيت عند كل واحدة مثلها، لقوله تعالى ﴿تُرْجِي مِنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ وَتُؤَيِّ إِلَيْكَ مِنْ تَشَاءُ﴾^(١) أي تزجر من تشاء وتترك مصاحبتها، وتنضم إليك من تشاء وتصاحبه.

وأحد الوجهين للشافعية أنه كغيره في وجوب القسم^(٢)، وبناءً على أن المكاخ في حقه صلى الله عليه وآله هل هو كالنكاح في حقه، فإن قلنا نعم، لم يحصر عدد منكوحاته ولا طلاقه، والمعقد نكاحه يفظ الهبة ومعناها، وبغيره ولي وشهود، وفي لأحرام، ولم يجب عليه القسم، **وَأَلَّا تُنْكَسَ الْحُكْمُ**.

وليس بشيء، بل المتبع في ذلك لصوص الواردة^(٣)، والآية تنهي وجوب القسم

فحينئذ

د: أبيع له اصطفاً ما يختاره من العنيفة قبل القسمة، كجارية حسناء، وثوب مرتفع، وقرس حواد وغير ذلك، ويقال لما اختاره الصفي والصفيه والجمع الصفايا ومن صفايا صلى الله عليه وآله صفية بنت حنيفة بن أخطب - اصطفاها وأعتقها وتزوجها - وذوالفقار، وعندما أن الامام عليه السلام كالمبي في ذلك.

هـ: أبيع له الوصال، وهو حرام على غيره، قال في التذكرة، ومعناه أن يطوي الليل بلا أكل ولا شرب مع صيام النهار، لا أن يكون صائماً، لأن الصوم في الليل لا يتعقد، بل إذا دخل الليل صار الصائم معطراً جماعاً، فلما نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الوصال، قيل له: إنك توصل؟ فقال: إني لست كأحدكم، إني أظل عند

(١) الأحراب: ٥١

(٢) كفاية الأحمير ٢: ٤٧، الخصائص الكبرى ٢: ٢٤٧

(٣) أنظر التهذيب ٤١٩٧ حديث ٦٧٩، الاستبصار ٣: ٢٤٢ حديث ٨٦٦.

ربي يطعمني ويسقيني^(١)، هذا كلامه.

وفيه نظر، لأن الظاهر أن لأكل ليلاً لا يجب، وقد صرح هو بذلك في المنتهى.
فقال: لو أمسك عن الطعام يومين لابتة لصيام بل بنية الافطار وقته، فالأقوى فيه
عدم التحريم، هذا كلامه^(٢).

إن الصوم لا يحقق في الليل، لا يحصل له لأن الحرام لا ينعقد، فإن الصوم
العيد حرام مع أنه لا ينعقد، ولو انعقد لم يكن حراماً، لأن النهي في العبادات يدل على
الفساد، وإنما المراد أن الامساك على قصد الصوم حرام.

وقد بينا فيما سبق: أن الأصح عندنا أن لو قال: تأخير العشاء إلى السحور.

واعلم: أن المراد بقوله صلى الله عليه وآله «أظل عند ربي يطعمني ويسقيني»
أنه يقويه على الصوم ويغنيه عن الطعام ولشرب ويعذبه بوجبه، وليس المراد الأكل
والشرب حقيقة، وإلا لم يكن مواصلاً.

و: أبيع له أن يأخذ الطعام والشرب من مالكها وإن كان مضطراً إليهما، لأن
حفظ نفسه المقدسة أحق من حفظ نفس غيره، ويجب على المالك المذل، وأن يفدي
بمهجته مهجة رسول الله صلى الله عليه وآله، فإنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم، واقتصر
المصنف على ذكر الماء، ولا فرق بينه وبين سائر ما يطعم وما يشرب عند الضرورة
إليه.

وينبغي أن يكون الامام عليه السلام كذلك، كما يرشد إليه التعليل، ولم أقف على
تصريح في ذلك.

(١) سذكرة ٢، ٦٧، وروى الحديث الشيخ الصدوق في الفقه ٢، ١١١ حديث ٨.

(٢) سهى المطلب ٢: ٦١٧.

ز: وأُبيح له صلى الله عليه وآله أن يحمي لنفسه الأرض لرعي ماشيته، وكان حراماً على من قبله من الأنبياء عليهم السلام، وهذا عدنا مشترك بينه وبين الأئمة عليهم السلام كما سبق في^(١) إحياء الموات، وقول المصنف في التذكرة: والأئمة بعده ليس لهم أن يحرموا لأنفسهم^(٢)، ليس حارماً على منعهما.

ح: أُبيح لنا وله العنان، وكانت حراماً على من قبله من الأنبياء، وكانوا مأمورين بجمعها، فتزل نار من السماء فتأكلها^(٣)
ط: أُبيح لنا وله حمل الأرض مسجداً وترأها طهوراً، ولم يكن ذلك للأنبياء لسالفة، وإنما كان لعبادتهم مواضع مخصوصة لا يعبدون في غيرها.

واعلم أن قول المصنف (وحمل الأرض مسجداً) يمكن أن يكون مصدراً معطوفاً على فاعل (أُبيح) ويمكن أن يحمل فعلاً ما صيأ على حد: ولا أرض أثقل إبقاها^(٤).

ي: أُبيح له دخول مكة بعير إحرام، بخلاف أمته، فإن غير المعدور منهم يتعين عليه الإحرام على خلاف.

يا: أُبيح له إذا وقع بصره على امرأة ورغب في نكاحها أن ينكحها، بحيث أنها إن كانت خلية وحب عليها لاحابة وحرم على غيره خطبتها، وإن كانت ذات زوج وجب على الزوج طلاقها لينكحها، ودليل ذلك قضية زيد^(٥).

(١) لفظ (ي) لم يرد في «ش» و«ض» وانتهى من النسخة المجرية.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٦٧

(٣) نسب هذا لبيب الجوهري في صحاحه ٤: ١٦٣٧ بقل، إلى عامر بن جوير الطائي، وصدره:

فلازمة ودقت ودقها

(٤) أنظر تمام قضية زيد في أحكام القرآن للقرطبي ١٤: ١٩٠

وجعلت أزواجه أمهات المؤمنين، بمعنى تحريم نكاحهن على غيره، سواء فارقهن بموت أو فسخ أو طلاق، لا لتسميتهن أمهات، ولا لتسميته عليه السلام أباً، وبعث إلى الكافة وبقيت معجزته وهي القرآن إلى يوم

ولعل السرفيه من جانب الزوج امتحان إيمانه^(١) واعتقاده بتكليفه النزول عن أهله، ومن جانبه صلى الله عليه وآله ابتلاؤه ببلية البشرية وسمعه من حائنة الأعين وإضمار ما يخالف الاظهار، ولا شيء أدعى إلى غض البصر وحفظه عن اللصاحب الاتعاقية من هذا التكليف.

ولهذا قال بعضهم^(٢) إن هذا الحكم ليس من باب التحقيقات - وإن عده الفقهاء من حملتها - بل هو في محبة صلى الله عليه وآله غاية الشدبد، إذ لو كلف هذا آحاد الناس لما فتحوا أعينهم في الشوارع والطرق، وقد روي أن عائشة قالت: لو كان صلى الله عليه وآله يخفي آية لأخفى هذه^(٣).

وهاتان الخاصتان ذكرهما المصنف رحمه الله في آخر الباب، وهما معدودتان من التحقيقات، وكذا صبح في التذكرة^(٤). لا كما هنا

قوله: (وجعلت أزواجه أمهات المؤمنين - بمعنى: تحريم نكاحهن على غيره، سواء فارقهن بموت أو فسخ أو طلاق، لا لتسميتهن أمهات، ولا لتسميته عليه السلام أباً - وبعث إلى الكافة، وبقيت معجزته وهي القرآن

(١) في «ص»: ولعل السرفيه من جانب الزوج امتحان إيمانه وامتحان قلبه

(٢) المجموع ١٦ ١٤٣

(٣) وهي قوله تعالى: «وإذا قول للذي أحبه الله عليه ونعمت عليه أمسك عليك روحك وقل: الله ونحفي في نفسك ما الله مبديه ويحس الناس وقد أحق أن يخشاه فلما قصي ريد منها وطرا روحها كذا لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أرواح ادعيائهم إذ هموا منهم وطرا وكان امر الله معولاً» الاحزاب ٣٧.

وروي هذا الحديث الطبري في تفسيره ٢٢ ١١

(٤) التذكرة ٢ ٥٦٧

القيامة.

وجعل خاتم النبيين، ونصر بالرعب، وكان العدو يرهبه من مسيرة شهر، وجعلت أمته معصومة، وخص بالشفاعة.
 وكان ينظر من ورائه كما ينظر من قدامه، بمعنى التحفظ والحس.
 وكان تنام عينه ولا ينام قلبه كذلك.
 وجعل ثواب نساؤه مضاعفاً، وكذا عقابهن.

إلى يوم القيامة، وحُمل خاتم النبيين، ونُصر بالرعب وكان العدو يرهبه من مسيرة شهر، وجُعلت أمته معصومة، وخص بالشفاعة، وكان ينظر من ورائه كما ينظر من قدامه - بمعنى التحفظ والحس - وكان تنام عينه ولا ينام قلبه كذلك، وجعل ثواب نساؤه مضاعفاً وكذا عقابهن).

قد ذكر من الفضائل والكرامات في الكناح وغيره عشرة أمور.

أ: أنه قد جعلت أرواحه صلى الله عليه وآله وسلم أمهات المؤمنين، سواء فيه من ماتت تحت النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ومن مات النبي صلى الله عليه وآله وسلم وهي تحته، لعموم الآية.

وليست الأمة هنا حقيقة، بل المراد تحريم نكاحهن ووجوب احترامهن، لا أنه يحل النظر إليهن ولا الخلوة بهن ولا المسافرة، ولا يقال لبناتهن: أخوات المؤمنين، فانهن لا يحرم عليهن، فقد زوج رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فاطمة عليها السلام بعلي عليه السلام.

وكذا لا يقال لأباتهن: أمهاتهن، أجداد المؤمنين وجداتهم، ولا لأخواتهن وأخواتهن: أخوال وخالات - وبعض لشافعية^(١) وجه في إطلاق ذلك لا يعتد به - وكذا هو صلى الله عليه وآله وسلم لا يسمى أباً حقيقة، بحيث تثبت أحكام الأبوة بالنسبة

إليه، وإنما هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم.

وقول المصنف: (لا لتسميتهن أمهات) المراد: عدم التسمية حقيقة، وإنما المراد من إطلاق هذا اللفظ معنى مجازي.

ب. أنه بعث إلى كافة العالمين بشيراً ونذيراً، قال الله تعالى: ﴿تبارك الذي نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيراً﴾^(١).

ج. أنه بقيت معجزته - وهي القرآن - إلى يوم القيامة، مصوناً بعدة عن التبديل والتعير، وأقيم بعده حجة على الناس، ومعجزاته غيره من الأنبياء انقضت بانقراضهم.

د. أنه جعل حاتم النبي صلى الله عليه وآله وسلم وعليهم ينص القرآن.

هـ. أنه نصر بالرعب من مسيره شهر، وكان لعدو يرهبه من مسيره شهر.

و. أنه جعلت أمته معصومة، روى عنه عليه السلام أنه قال: «لا تجتمع أمي على ضلالة»^(٢).

وفي عذ هذا من الخصائص نظر، لأن الحديث غير معلوم الثبوت، وأمته صلى الله عليه وآله وسلم مع دخول المعصوم فيهم لا يجتمع على ضلالة، لكن باعتبار المعصوم فقط، ولا دخل لميره في ذلك، وبدونه هم كسائر الأمم، على أن الأمم الماضية مع أوصياء أنبيائهم كهذه الأمة مع المعصوم، فلا اختصاص.

ز. أنه صلى الله عليه وآله وسلم حصّ بالشعة العامة، ويكوه أول شافع، وقد روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: «أدحرت شعاعني لأهل لكبانر من أمي»^(٣).

(١)، الفرقان، ١.

(٢) بس ابن ماجه ٢ ١٣٠٢ حديث ٢٩٥٠

(٣) من لا يحضره الفقيه ٢ ٢٧٦ حديث ١٧٧٧

ز: أقسام النكاح ثلاثة: دائم، ومنقطع، وملك يمين. ولنبداً بالمدايم
ونتبعه بالآخرين إن شاء الله تعالى.

ح أنه كان ينظر من ورائه كما ينظر من قدّامه، بمعنى أنها سواء في التحفظ
والحسن.

ط: أنه كان تنام عيه ولا ينام قبه، قال صلى الله عليه وآله «تنام عيائي ولا
ينام قلبي»^(١) ولما استواؤهما في التحفظ والحسن، وهو معنى قول المصنف، (كذلك)
أي: كونه ينام عينه ولا تنام قبه، ككونه ينظر من ورائه كما ينظر من قدّامه.

فعل هذا لا ينتقض وصوه بالنوم، فيحصل باعتبار ذلك خاصية أخرى، وقد
عدها المصنف في التذكير في التخييفات، حيث لا يجب عليه الوصوه بالنوم^(٢)

ي أنه جعل ثواب سائته مصاعفاً، وكذا عفاهاً جعل مصاعفاً، وفي ذلك
تفصيل وتبوير راجع إليه صلى الله عليه وآله، وقد نطق المرآة بذلك في قوله تعالى
﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنْكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ﴾^(٣) إلى آخر الآيتين.

قوله: (ز أقسام النكاح ثلاثة: دائم، ومنقطع، وملك يمين، ولنبداً
بالمدايم ونتبعه بالآخرين إن شاء الله تعالى).

المبحث السابع: النكاح ينقسم إلى ثلاثة أقسام دائم، ومنقطع، وملك يمين،
والانقسام إلى ذلك ظاهر.

ولقائل أن يقول: إنه قد سبق أن النكاح إما العقد أو الوطء، وكل واحد منهما

(١) سنن البيهقي ١/ ١٢١، مسند أحمد ١/ ٢٢٠

(٢) التذكرة ٢/ ٥٦٨

(٣) الأحزاب ٣٠

الباب الثاني: في العقد، وفيه فصلان:

الأول: في أركانه، وهي ثلاثة:

الأول: الصيغة، ولا بد فيه من إيجاب وقبول.

والفاظ الإيجاب: زوجتك، وأنكحتك، ومتعتك. والقبول: قبلت

لا ينقسم إلى الأقسام الثلاثة.

أما العقد مظهر، لأن نفس ملك اليمين لا يعدّ عقدًا، وسيبه إما بيع أو إرث أو ما جرى مجراها من الأسباب المملوكة، ولا يعدّ شيء من ذلك نكاحاً بواحد من المعنيين، وربما لم يكن عقدًا أصلاً.

وأما الوطء، فإنه بنفسه لا يكون دائماً وسقطاً وملك يمين، نعم يكون وطأ عن عقد دائم، ووطأ عن عقد منقطع، ووطأ عن ملك يمين.

وتنزيل العبارة على ذلك يحتاج إلى تكلف حدف كثير، وارتكاب مالا يدل عليه اللفظ بوجه، فيكون التعدير، أقسام الوطء ثلاثة: وطء عن عقد دائم، ووطء عن عقد منقطع، ووطء عن ملك يمين.

هذا مع أن المقصود بالبحث إما هو عقد النكاح بسميه ونفس ملك اليمين، وإن كان يجري في خلاله البحث عن الوطء، فالعبارة لا تخلو من شيء.

ثم إن النكاح الدائم هو أصل نكاح وعمدته، وهو المطلوب غالباً، فبدأ المصنفون ببيانه وبيان أحكامه، وأتبعوه بالآخرين توفيراً على كل منها مقتضاه، وعلى ذلك جرى المصنف.

قوله: (الباب الثاني: في العقد، وفيه فصلان:

الأول: في أركانه، وهي ثلاثة:

الصيغة، ولا بد فيه من إيجاب وقبول

والفاظ الإيجاب: زوجتك وأنكحتك ومتعتك، والقبول: قبلت النكاح

النكاح، أو التزويج أو المتعة.

ولو اقتصر على قبلت صح النكاح، وكذا لو تغايرا، مثل زوجتك، فيقول: قبلت النكاح.

أو التزويج أو المتعة، ولو اقتصر على قبلت صح، وكذا لو تغايرا مثل: تزوجتك فيقول قبلت النكاح).

لا ريب أن الباب الذي معقود للعقد له ثم وليبحث عنه، وهو المراد بقوله: (الباب الثاني في العقد) بدليل ما تقدم من قوله (ولبدأ بالدائم).

فالمراد بمولاه: (الأول) في ركانه (أركان) هذا العقد، وقد عدّ منها (المحل) و(العاقدة) وفي عد كل واحد منهما ركناً للعقد توسع، لأن الركن هو الجزء الأقوى، وليس واحد منها حراً، وكأنه يريد بالركن هنا ما لا بد منه في صحة العقد، ولا ريب أنه الصيغة والمتعاقدان.

وقد حصّ المصنف الروح بكونه عاقداً والمرأه بكونها محلاً، وفيه بحث، فإن كل واحد منها عاقد بنفسه أو بوكيله، وكل واحد منها محل للعقد والزوجية، وإن كانت المرأة محل الوطء، إلا أنه غير مراد هنا.

إذا عرفت ذلك فاعلم، أن صيغة النكاح هي العقد، وهو الإيجاب والقبول، وألفاظ الإيجاب ثلاثة: روحتك، وأنكحتك - ولا خلاف بين علماء الإسلام في الاكتفاء بالإيجاب بأحدهما وقد ورد لقرآن في قوله تعالى: ﴿فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكمها﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء﴾^(٢) - ومتعنتك، وفي الاعتقاد به عندنا قولان:

(١) الأحزاب ٣٧

(٢) النساء ٢٢

أحدهما: - وهو قول الأكثر^(١) واختاره المصنف في التذكرة^(٢) والمختلف^(٣) - أنه لا ينعقد به، لأن حقيقته في الكاح المقطع، فيكون محازاً في الدائم، والعقود اللازمة لا تقع بالألفاظ المجازية، خصوصاً الكاح، فإنه نوع عبادة، والألفاظ العبادات متلقاة من اشرار، ولأن الأصل تحريمه لفرج، فيستصحب إلى أن يحصل سبب الحل، وهو لكبت شرعاً دون المختلف فيه.

والثاني: الاعتقاد، واختاره المصنف في الإرشاد، لأن لفظ المنعة من ألفاظ الكاح، لكونه حقيقة في الكاح المقطع، فهو من الألفاظ الصريحة في الكاح، وكون الأهل جزءاً مفهوماً - فيكون استعماله في كاح الدائم محازاً - غير قاذح، لأن هذا لقدر من التفاوت لو نأى لم يصح الدائم بلفظ زواجك، لأن الزواج حقيقة في العذر المشترك بين الدائم والمقطع، فاستعماله في لدائم استعمال له في غير موضوعه فإن قيل: الدائم لا يستفاد من زواجك، بل من تجريد العقد عن ذكر الأهل مع إرادة الدوام.

فلسا؛ فإن كان هذا كافياً من دور اللفظ في إفادة الدائم، فليكن مثله مع لا يقع بلفظ منعتك، هذا مع أن جماعاً من لأصحاب يقولون: بأنه متى أخل في المنعة بذكر الأجل انقلب دائماً^(٤)، وهو موجود في رواية أبان بن تغلب^(٥)، وسبأني بحقيقته إن شاء الله تعالى.

(١) منهم ابن الجوزي عنه في إصباح هو ثد ١٢٣، وسيد في ناصريات ضمن الجوامع الفقهية ٢٤٦.

والشيخ في المبسوط ١٩٢٤ وبر حمزة في تبيين ٢٩١، وبس دريس في السرائر ٢٩٩.

(٢) تذكرة العمهاء ٢ ٥٨٦.

(٣) مختلف الشيعة ٥٣٣.

(٤) منهم التقي في انكاحي ٢٩٨، والمحقق في اشرار ٢ ٢٧٣ والمختصر النافع ٩ ١٨٣.

(٥) الكافي ٥ ٤٥٥ حديث ٣ التهذيب ٢ ٢٦٥ حديث ١١٤٥ لا سيحار ٣ ١٥٠ حديث ٥٥١.

ولا بد من وقوعها بلفظ الماضي.

ولو قصد بلفظ الأمر الانشاء، قيل: يصح، كما في خبر سهل الساعدي.

وقد سبق في البيع أن الأصح وقوعه حالاً بلفظ لسلم، وذكرنا توجيهه هناك، وببينا أن عدم الصحة إنما هو مع استعمال الألفاظ المحاربة الألفية، وهذا قوي، والأول أحوط.

وأما القبول - وهو اللفظ الدال على الرضا بالإيجاب، مثل تزوجت وقبلت - فإن أتى به مقروناً بالتكاح أو لتزويج مصافاً إليهما أو باسم الإشارة، كأن قال قبلت بكاحها، أو قبلت هذا التكاح، صح إجماعاً، وإن اقتصر على قوله، قبلت التكاح أو قبلت خاصة صح عندنا، خلافاً لبعض الشافعية^(١).

ولو اختلف اللفظ من الموجب والقابل - كأن قال: زوجتك، فقال: نكحت أو قبلت، أو بالعكس - صح العقد إجماعاً، ذكره في التذكرة^(٢).

قوله: (ولا بد من وقوعها بلفظ الماضي، ولو قصد بلفظ الأمر الانشاء قيل: يصح، كما في خبر سهل الساعدي).

يعتبر في العقود اللازمة وقوع كن من لايجاب والقبول فيها بلفظ الماضي، لأنه الصريح في إنشاء المقصود من الكاح وغيره، فلا يقع بلفظ الأمر، لأنه حقيقة في الطلب.

والقول المذكور هو قول الشيخ رحمه الله^(٣).

والخبر هو ما رواه سهل الساعدي: أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله، فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك، فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال:

(١) الوجيز ٧:٢

(٢) تذكرة الفقهاء ٥٨٩:٢.

(٣) المبسوط ١٩٤:٤.

ولو قال: أتزوجك بلفظ المستقبل مُنشأً، فقالت: زوجتك جاز على رأي.

يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك فيها حاجة، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: هل عندك من شيء تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا أزارى هذا، فقال النبي صلى الله عليه وآله: إن أعطيتها إياه جئت ولا أزار لك، فالتمس شيئاً، فقال: ما أجدر شيئاً، فقال التمس ولو كان حاتم من حديد، فلم يجد شيئاً، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: هل معك من القرآن شيء؟ فقال: نعم سورة كذا وسورة كذا وسهاهما، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله زوجكها بما معك من القرآن^(١)

وهذا الخبر كما يدل على جواز إيقاع لنكاح بلفظ الأمر، كذا يدل على حوار تقديم القبول، إذ لم ينقل أنه بعد ذلك قبل.

ومنه نظر، لأن عدم العمل لا يدل على العدم، ومن الجائز أن الراوي اقتصر على حكاية ما عدا القبول، لعدم الاحتياج إلى حكايته، وليس في الخبر ما يدل على أنها صارت امرأته باللفظ المذكور، ولأن عدم إعادة القبول يستلزم جواز تحلل الكلام الكثير الأجنبي بين الإيجاب والقبول، وعدم اعتبار الرضى بالإيجاب في القبول فإنه من المعلوم أنه لم يرد بزوجتها الرضى بترويجه إياها على ما معه من القرآن والأصح عدم الجواز، لأن الأمر غير صريح في الانشاء للنكاح، وإنما هو حقيقة في طلب التزويج، فلا يكفي لاشائه تزويجها.

والمراد بقول المصنف: (ولو قصد بلفظ الأمر الانشاء) انشاء النكاح، أي: ولو قصد بلفظ الأمر انشاء نكاحها، أي: قبول نكاحها والرضا به.
قوله: (ولو قال: أتزوجك بلفظ المستقبل - منشأً - فقالت: زوجتك، جاز على رأي).

(١) أنظر مس السائي ١١٣٥، مس أبي دود ٢٣٦٢ حديث ٢١١١، مس البيهقي ٢٤٢٧

ولو قال: زوجت بنتك من فلان، فقال: نعم بقصد إعادة اللفظ
للإنشاء، فقال الزوج: قبلت، صح على إشكال.
ولو قصد الإخبار كذباً لم ينعقد.

لو قال الروح: أنروحك بلفظ الاستقبال، مريداً به الإنشاء للسكاح، فقالت:
روحتك، فقد حكى المصنف في المختلف قولاً لبعض الأصحاب أنه يصح^(١)، احتجاجاً
برواية أبيان بن تعلب في المتعة: «تزوجك متعة..» فإذا قالت نعم فهي امرأتك^(٢) ولا
دلالة فيها، لأنه إذا كان المرد ضرورتها امرأته بهذا اللفظ لزم صحة المتعة بدون
نحو، لأن نعم في جواب العبر لا يكون إيجاباً وذلك باطل قطعاً، وإن كان المراد
بلفظ آخر وهذا يحكيه عنه، فلا تلالة على أن ذلك اللفظ بصيغة المستقبل، واختار في
مختلف عدم الصحة^(٣). وهو مختار من جملة^(٤) وأكثر الأصحاب^(٥)، وهو الأصح
اقتصاراً على محل اليفس.

قوله: (ولو قال: زوجت بنتك من فلان؟ فقال: نعم، بقصد إعادة
اللفظ للإنشاء، فقال الزوج: قبلت، صح على إشكال، ولو قصد الإخبار
كذباً لم ينعقد).

أي: لو قال المتوسط للولي: زوجت بنتك من فلان؟ فقال: نعم، فاصداً كون
اللفظ المقاد بنعم للإنشاء على أنه يجب، فقال الزوج: قبلت، ففي صحة النكاح
إشكال، ينشأ:

(١) مختلف الشيعة ٥٣٣، والمراد من بعض الأصحاب ظاهراً هو المحقق في الشرائع ٢٧٣ ٢

(٢) لكافي ٤٥٥ ٥ حديث ٣، لتهذيب ٢٦٥ ٧ حديث ١١٢٥، الاستبصار ١٥٠ ٣ حديث ٥٥١، وفي

المصادر كلها «..» إذا قالت نعم فقد وصيت فهي امرأتك»

(٣) المختلف ٥٣٣

(٤) الوسيعة ٣٤٢

(٥) منهم ابن سعيد في جامع الشرائع ٤٣٧، وفهر المحققين ١٣ ٤

ويصح مع تقديم القبول بأن يقول: تزوجتك، فتقول: زوجتك.

من أن نعم من ألفاظ الحواب يهدف بعدها الحملة، وهي جملة السؤال بعينها، فإذا قصد الانشاء فقد أوجب، لأنه في قوة نعم زوجت بنتي من فلان، فإذا قبل فقد كمل العقد، فكان صحيحاً.

ومن حيث إن حزم العقد غير مذكور، وكونه في قوة المذكور - باعتبار وجود ما يدل عليه ويقوم مقامه - لا يصير مذكوراً، والعقود متلقة من الشارع خصوصاً النكاح، لأن أمر المروح مبني على الاحتياط التام، فلا يكفي مطلق اللفظ الدال على المراد، وإلا لم تحصر ألفاظ العقود (وهذا أصح) ولو قصد لولي الاحبار كذباً لم ينقض النكاح به ولو قال الزوج قبعت قطعة، ويسمي على الصحة ان يقبل قول الولي في ذلك، لأن اللفظ يحتمل كلا من الأمرين على حد سواء.

ولو صرح بإرادة الاقرار فلا زوجية في نفس الأمر إن لم يكن مطاباً للتوابع، وهل يحكم به ظاهراً بالسبب إلى اليقينة؟ فيه احتمال، ويسمي أن يكون القول قولها يمينها ظاهراً إذا ادعت كذب الولي في إقراره، وهل لها ذلك فيما بينها وبين الله تعالى إذا لم يعلم الحال فيه؟ نظر، ينشأ.

من أصالة العدم، وأن الاقرار لا يبعد في حق الغير، ولو لا ذلك لنفد دعواه الاستدانة له وإنشاء بيع أمواله ونحو ذلك.

ومن أن إنشاء النكاح في وقت ثبوت الولاية فعله، وهو مسلط عليه، فينفذ فيه إقراره، وينبغي التأمل لذلك.

قوله: (ويصح تقديم القبول، بأن يقول: تزوجتك، فتقول: زوجتك) صرح الشيخ في المسوط بجوز تقديم القبول على الإيجاب في النكاح، بأن يقول الزوج: زوجنيها، فيقول الولي حينئذ زوجتكها، وادعى على ذلك الاجماع،

ولا يصح بغير العربية مع القدرة، ويجوز مع العجز، ولو عجز أحدهما
تكلم كل بلغته.

وينبه عليه: أن العقد هو الإيجاب والقبول، والتقديم ولتأخير غير محل بالمقصود.
وقد يفرق بين النكاح وسائر العقود بأن لإيجاب يصح عندما من المرأة، وهي
تستحي غالباً، فيسمعها الحياء من الانداء بالإيجاب، فإذا ابتدأ الزوج بالقبول
المتضمن لكن ما يطلب وقوع لإيجاب عليه من مهر وغيره، خفت عليها المؤنة، ولم
يفت المطلوب، ثم بقي جوار لتقديم في العقد مع وكيل المرأة ووليها طرداً للباب.
ويحتمل عدم لصحة، لأن القبول إما يكون للإيجاب، فمضى وحده قبله لم يكن
قبولاً، لعدم حصول "معناه"، إذ ليس ثم إيجاب يتصل، فيكون قبولاً لما ليس بموجود،
والأسباب الشرعية إما تستفاد بالنسبة من الشرع، وهو قول أحمد^(١) من العامة، وقد
بنى المصنف في التذكرة^(٢) البأس عن هذا القول، وعدم الصحة لا يخلو من قوة.
قوله: (ولا يصح بغير العربية مع القدرة، ويجوز مع العجز، ولو عجز
أحدهما تكلم كل بلغته).

لما كانت العقود أسباباً شرعية لأمر مطلوبة لا يحصل بدونها، وحسب الاختصار
فيها على ما علم شرعاً كونه سبباً، والذي علم وقوعه من صاحب لشرع هو العقد
بلفظ العربية، فلا يعمد النكاح وغيره من العقود اللازمة بغيرها من اللغات
كالفارسية، مع معرفة العاقد وتمككه من أسطق، ذهب إلى ذلك أكثر الأصحاب^(٣).
وقال ابن حنبل: إن قدر المتعاقدان على القبول والإيجاب بالعربية عقداً بها
استحباً^(٤).

(١) لفظ حصول، لم يرد في «ص» و«ش» و«ث» من المحرري وهو الأنسب.

(٢) أنظر المحي لابن قدامة ٧/ ٤٣٠، شرح كبير على من المص ٧/ ٧٧٥.

(٣) تذكرة المعها ٤/ ٥٨٣.

(٤) منهم الشيخ في المبسوط ٤/ ١٩٣، والمحقق في الشرائع ٢/ ٢٧٣.

(٥) الوسيلة ٢٤٢.

والأصح الأول، لما قلناه.

والاحتجاج له بأن غير العربية بالسببة إلى العربية من قبيل المرادف، فصح أن يقام مقامها، كما يقام أحد المترادفين مقدم الآخر، والالفاظ غير مقصودة بالذات، وإما الغرض بها إيصال المعاني مقصودة، بل فهم الغير، فأى لفظ أدى المعنى حصل به الغرض.

صحيح، لنطرق المنع إليه، ولأنه لو صح ذلك لم يختص النكاح بلفظ، فيعتقد بالمجازات والكنيات وإن بعد، بل بالإشارة والكتابة، بل كل ما دل على الرضى كائناً ما كان، وهو معلوم البطلان. وكما يشترط كون اللفظ عربياً بهادته، فكذا يعتبر كونه كذلك بصورته، بعين ما ذكرناه، فلا ينعقد بالمحرف والملحون.

هذا مع القدرة، أما مع العجز عنها، وعن التعلم^(١) عادة: بأن يشق عليه كثيراً - لأن القادر على التعلم بغير مشقة لا يعد عاجزاً عرفاً ويجب عليه، كما صرح به في التذكرة^(٢) - فإنه يجوز العقد بغير العربية إجماعاً.

ولا يشترط العجز عن التوكيل على الظاهر للأصل، ولو لزمه من التعلم فوات الغرض أو بعضه سقط اعتباره، وكذا نقول في جميع لعقود اللازمة.

ولو عجز أحد المتعاقدين عن العربية دون الآخر، تعين نطق القادر بالعربية - إذ لا يسقط الميسور بالمعسور - وتكلم الآخر بلفظه أو بغيرها من اللغات، لكن يشترط أن يفهم كل منهما كلام الآخر، وإلا لم يكونا متخاطبين، وبه صرح المصنف في التذكرة^(٣)، فإن لم يفهم أحدهما كلام الآخر، لكن أحبره ثقة عن معناه، ففي الاكتفاء

(١) في «ش»: «أما مع العجز عن التعلم».

(٢) التذكرة ٥٨٢ ٢.

(٣) التذكرة ٥٨٢ ٢.

ولو عجزا عن النطق أو أحدهما أشار بها يدل على القصد.
ولا ينعقد بلفظ البيع، ولا الهبة، ولا الصدقة، ولا التملك، ولا
الاجارة، ذكر المهر أولا، ولا الاباحة ولا العارية.
ولو قال: أتزوجني بنتك؟ فقال: روحتك، لم ينعقد حتى يقبل، وكذا
إن زوجتني ابنتك، وكذا جئتك خاطباً راغباً في بنتك، فيقول: زوجتك.

بذلك وجهان، للشك في صدق التعاطب على هذا الوجه.

قوله: (ولو عجزا عن النطق أو أحدهما أشار بها يدل على القصد)
لا فرق بين كون المعز لحرس أصلي أو لعارض طارئ، وحيث فتكفي الإشارة
كما تكفي في الكبير والأدكار وسائر التصرفات العقلية، وكأنه لا خلاف في ذلك،
ولا بد من كون الإشارة مفهومة للمراد دالة على القصد، وإلا لم يعتد بها.
قوله: (ولا تنعقد بلفظ البيع ولا الهبة ولا الصدقة ولا التملك ولا
الاجارة - ذكر المهر أولا - ولا الاباحة ولا العارية).

لا خلاف في شيء من ذلك عندنا، وحالف بعض العامة^(١)، فجاوز إيقاع العقد
بلفظ الهبة والبيع والتملك والصدقة، دون الإخلال والاباحة والعارية، وفي الاجارة
عن أبي حنيفة^(٢) روايتان، وكل ذلك ليس بشيء.
قوله: (ولو قال: أتزوجني بنتك؟ فقال: زوجتك لم ينعقد حتى يقبل،
وكذا: إن زوجتني ابنتك، وكذا: جئتك خاطباً راغباً في بنتك، فيقول:
زوجتك).

أي: لو أتى بلفظ يدل على الرضا بالتزويج - كما لو أتى بلفظ الاستفهام

(١) أنظر: المسوط للسرحدي ٥٩٥ و ٦١٠ المعنى لا من قدمه ٤٢٩٧، الشرح الكبير على متن المقنع ٣٧١-٧

(٢) المسوط ٦١٠: ٥، المعنى ٤٢٩٧، الشرح الكبير على متن المقنع ٣٧١-٢

ولا ينعقد بالكتابة للعاجز إلا أن تضم قرينة تدل على القصد.
ويشترط التنجيز، فلو علقه لم يصح. واتحاد المجلس، فلو قالت:
زوجت نفسي من فلان وهو غائب فبلغه فقبل لم ينعقد، وكذا لو أخر القبول
مع الحضور بحيث لا يعد مطابقاً للإيجاب.

فقال: أتزوجني ابنتك؟ فقال الولي: زوجتك - أو أتى بالشرط فقال: إن روحتي ابنتك
ويكون الحزاء مخدوماً مقدراً بقبلي ونحوه فقال: زوجتك، أو قال الزوج: جئتكم خاطباً
راغباً في بئسك فقال الولي: زوجتك
فانه لا ينعقد النكاح في ذلك كله حتى يأتي المزوج بالقبول بعد الإيجاب، لأن
المنتقدم لا يصلح للقبول وإن صدقته الانتشاء، لبعده عن صحبه.
قوله: (ولا ينعقد بالكتابة للعاجز إلا أن تنضم قرينة تدل على
القصد).

لا ريب عندنا في أن الكتابة لا تكفي في إيقاع عقد النكاح للمختار، لأن
الكتابة كناية والنكاح لا يقع بالكتابات، وكذا لا يكفي في حق العاجز، فلو كتب الولي
صورة الإيجاب أو الزوج صورة القبول عند عمره عن المطلق لم يعتد، بذلك ما لم تدل
القرينة على القصد إلى إيقاع النكاح بذلك، فإن الكتابة قد تصدر لا عن قصد
النكاح.

قوله: (ويشترط: التنجيز فلو علقه لم يصح، واتحاد المجلس فلو
قالت: زوجت نفسي من فلان وهو غائب فبلغه فقبل لم ينعقد، وكذا لو أخر
القبول مع الحضور بحيث لا يعد مطابقاً للإيجاب).
يشترط في عقد النكاح التنجيز قطعاً، لانقضاء الحزم بدونه، فيبطل ولو علقه
بأمر^(١) محتمل أو متوقع الحصول.

(١) في «ص»: «لا ينعقد لو علقه بفعل»

ولو أوجب ثم جن أو اغمي عليه قبل القبول بطل.
ولو زوجها الولي افتقر إلى تعيينها إما بالاشارة، أو بالاسم، أو
بالوصف الراجع للاشتراك، فلو زوجه إحدى بنتيه أو هذا الحمل لم يصح.

وكذا يشترط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، فلو تعدد المجلس - كما لو قالت
الروجة: روجت نفسي من فلان وهو غائب، فبطله فقبل - لم يصح قطعاً، لأن العقود
اللازمة لا بد فيها من وقوع القبول على الفور عادة، بحيث يعدّ جواباً للإيجاب.
وكذا لو تخلل بينهما كلام آخر أجيب، وخوّر الشافعي أن يحطّب الزوج قبل
القبول كما يحطّب الولي قبل الإيجاب^(١). وقال الشيع رحمة الله. لا يعرف لأصحابنا
ذلك^(٢)، فالذهب بطلان العقد بتخلل ذلك.

قوله: (ولو أوجب ثم جن أو اغمي عليه قبل القبول بطل)

وكذا القول في كل عقد لازم، ووجهه أن لا إيجاب وحده لا يتحقق به اللزوم،
فإذا خرج الموجب عن أهلية التصرف امتنع إ شاء ما يتعهد به الكاخ حيثئذ، كما لو
وكل ثم جن أو وهب ثم جن قبل الاقباض

وكذا القول في كل مانع من صحة التصرف، أما النوم فإنه لا يبطل حكم
الإيجاب إن لم يطل الزمان، لأنه لا يبطل العقود الجائزة، والإيجاب في العقد اللازم
بمنزلتها، ولو طال لزمان حتى عُدّ وصلاً بين الإيجاب والقبول لم يصح، كذا قال
المصنف في التذكرة^(٣)، وهو يقتضي ألا يجوز الاتيان بالقبول بعد عروض النوم
للموجب حتى يستيفظ، وهو محتمل.

قوله: (ولو زوجها الولي افتقر إلى تعيينها، إما بالاشارة أو بالاسم أو
بالوصف الراجع للاشتراك، فلو زوجه إحدى ابنتيه أو هذا الحمل لم يصح)

(١) المجموع ١٦: ٢٠٨

(٢) المبسوط ١: ١٩٥

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨٢

يشترط في كل من الزوجين أن يكون معبأً، ومعبأً عليه أن كل عاقد ومعتود عليه لا بد من تعيينها كالمشتري والمبيع، ولا منساع تعلق الكاح واستحقاق الاستمتاع بغير معين، والتعيين إنما يحصل بأمور ثلاثة^(١) الإشارة المميزة، كما لو كانت المرأة حاضرة فقال الولي: زوجتك هذه المرأة، أو هذه وهذه علامة، فإن الإشارة كافية في التحصيل والزيادة تأكيد، وكذا تكفي الإشارة في تعيين الزوج.

ولو لم تكن حاضرة افتقر إلى ذكر اسمها المميز لها أو وصفها المميز أيضاً، كأن يقول: زوجتك بنتي فاطمة إن كان له عريف، وإلا كفى قوله زوجتك بنتي ولو قال: زوجتك التي في كذا أو ليس معها غيرها صح أيضاً لحصول الوصف الخاص، ولو تميزت بلباس شحص باللون أو اللون، فقال زوجك بنتي البيضاء أو السمراء أو الكبرى أو الصغرى أو الوسطى مثلاً صح، إذا كان الوصف مختصاً بواحدة.

ولو قال: زوجك هذه فاطمة وأشار إليها وكان اسمها ربيب، ففي صحة العقد وجهان: أحدهما لصحة لوحد الإشارة فينبغي الاسم، والعدم لانقضاء المساءة بفاطمة، ومثله ما لو قال: بنتك عرسى هذا وهي بعلى، وزوجتك هذا العلام وهو بنت. ولو قال: زوجتك فاطمة ولا عين، فإن نوى معينة وعرفها الزوج وقبل نكاحها صح عندنا - وإن لم يصر السامع شاهداً، نعم لو تصادفا بعد العقد على قصدتها أمكن القول بصيرورته شاهداً حيثئذ - ولو لم ينو معينة على لوجه المذكور لم يصح. إذا عرفت هذا فإذا زوجه إحدى بنتيه لم يصح، وكذا لو زوجه الحمل، لأن الأحكام الشرعية لا تجرى على الحمل إلا بعد تولده، فلا يصح البيع له ولا الشراء

(١) وهي الإشارة والاسم والوصف كما في المتن، ولم يذكر الشارح هذه الأمور الثلاثة مفصلة

ولو كان له عدة بنات فزوجه واحدة منهن، ولم يذكر اسمها حين العقد، فإن لم يقصد معينة بطل، وإن قصد صح.
فإن اختلفا في المعقود عليها، فإن كان الزوج قد رآهن كلهن فالتقول قول الأب لأن الظاهر أنه وكل لتعيين إليه، وعليه أن يسلم إليه المتوية. فلو مات قبل البيان أقرع وإن لم يكن رآهن بطل العقد.

ولا غير ذلك.

قوله: (ولو كان له عدة بنات فزوجه واحدة منهن ولم يذكر اسمها حين العقد، فإن لم يقصد معينة بطل، وإن قصد صح، فإن اختلفا في المعقود عليها، فإن كان الزوج قد رآهن كلهن فالتقول قول الأب، لأن الظاهر أنه وكل لتعيين إليه، وعليه أن يسلم إليه المتوية، ولو مات قبل البيان أقرع، وإن لم يكن رآهن بطل).

لو كان لرجل عدة بنات، فزوج واحدة منهن ولم يسمها عند العقد، فإن لم يقصد واحدة منهن بعينها بطل العقد قطعاً، وقد سبق تعريفه.

وإن قصد، فقد أطلق المصنف الصحة، وهو واضح إذا عرف الزوج ما نواه الأب وقبل نكاحها، لتوارد الإيجاب والقبول حينئذ على شيء واحد. أما إذا لم يعرف ما نواه ولم يقصد ما قصده فيبطل، لا اختلاف مورد الإيجاب والقبول.

ولو لم يعرف لكنه قبل نكاح من قصدها الأب، فمحتمل ما سبأني، مضافاً إلى مفاد إطلاق قوله: (وإن قصد صح) الصحة، وبه صرح في التذكرة^١، لكنه يشترط أن يكون الزوج قد رآهن.

فإن اختلفت أعني الأب والزوج في المعقود عليها فإن كان الزوج قد رآهن كلهن - أي: جميع البنات - فالتقول قول الأب، لرواية أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام،

قال: سألته عن رجل كثر له ثلاث بنات، فزوج إحداهن رجلاً ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقاً، فلما بلغ أن يدخل بها على الزوج، وبلغ الزوج أنها الكبرى، فقال الزوج: إني تزوجت ببتك الصغيرة من بناتك، فقال الباقر عليه السلام: «إن كان الزوج رآهن ولم يسم له واحدة منهن، فالقول في ذلك قول الأب، وعلى الأب فيما بينه وبين الله تعالى أن يدفع إلى الزوج المجارية التي نوى أن يزوجه إياه عند عقد النكاح، وإن كثر الزوج لم يرهن كلهن، ولم يسم له واحدة منهن عند عقد النكاح، فالنكاح باطل»

قال المصنف في المختلف: ولتحريح هذه الرواية أن الزوج إذا كان قد رآهن كلهن، فقد رضى بها يعقد عليه الأب منهن ورضي باختياره ووكّل الأمر إليه، وكان في الحقيقة وكله، وقد مرى الأب واحدة معينة، فعصرّف العقد إليها، وإن لم يكن قد رآهن، كان العقد باطلاً، لعدم رضى الزوج بما يسميه لأب ويعينه في صدره، والأصل في ذلك أن نقول: إن كان الأب قد مرى واحدة بعينها، وكانت رؤية الزوج لها دليلاً على لرضى بما يعينه صح العقد، وكان القول قول الأب فيما يدعيه، وإلا فلا^(١) هذا كلامه، وهو المراد بقوله هنا (لأن الظاهر أنه وكل التعيين إليه).

ومحصله يرجع إلى أن الزوج إذا قبل نكاح التي أوجب الأب نكاحها، راضياً بتعيين الأب عن تعيينه، صح مع رؤية الزوج إياهن لا بدونها، لأنه مع لرؤية يتحقق رضا بتعيين الأب لا بدونها، وحينئذ هو وجه تقديم قول الأب أن الاختلاف في فعله وتعيينه، فالقول قوله في ذلك، لأنه أعلم به.

لكن لا يخفى أن ما ادعاه غير واضح، لأنه لا ملازمة بين الرؤية والرضا بتعيين

(١) أنكافي ٤١٢، ٥ حديث ١، الفقيه ٢٦٧، ٢ حديث ١٢٦٨، التهذيب ٢ ٣٩٣ حديث ١٥٧٤

(٢) المختلف ٥٣٩

الأب، وبين عديمها وعدم الرضا بتعيينه.
ولو برئت الرواية على أن الرؤية دلت على الرضا بمن يعينها الأب وعدمها
على العدم، كان تنزيلاً للفظ الرواية على ما لا يحتمل، وتخصيصاً لها بما لم يصرح به
أحد من الأصحاب، لأن العامدين بها أجروها على ظاهرها

والتزيلي المذكور يتضمن جوار قبول نكاح من قصد الولي أو الوكيل لعدة
سواء أنكحها بالاجحاب، من غير أن يعرف قصده ولو لم يكن قد رآه، وفيه خروج
عن صريح الرواية

وعبارة جمع من الأصحاب، وأرتكب ما لا يدل عليه دليل، وهو بحجور النكاح
في هذه الحالة مع عدم رؤية المعقود على إحداهن، على أن الترام صحة قبول نكاح من
ليست معنفة عنده مع عدم بهوص دليل، أحظر من رد الرواية

وإنما قلنا به لم يهض عنه دليل، لأن الرواية لا تدل عليه، إلا إذا برئت على
ما ذكره المصنف، وهو خلاف ظاهرها.

ودهب ابن ادریس إلى بطلان نكاح مع الرؤية وبدونها، لأن العقد إنما يصح
على معينة^(١).

فان قيل: هذا يقتضي رد الرواية.

قلنا: ظاهرها يخالف لأصول المذهب، وتبريلها قد عرفت ما فيه، فقول ابن
ادريس لا يحلو من قوة، ولو عملنا بالرواية فلا ريب في أنه يجب على الأب فيها بينه
وبين الله تعالى أن يسلم إلى الروح المعقود عليها.

ولو مات الأب قبل البين فلا طريق إلا للعرعة، لأنه أمر مشكل. وعلى قبول
قول الأب - على القول به بغير يمين أو مطلق الرواية، وعبارات الأصحاب خالية

الثاني: المحل: وهو كل امرأة يباح العقد عليها، وسيأتي ذكر المحرمات إن شاء الله تعالى.

الثالث: العاقد: وهو الزوج أو وليه، والمرأة أو وليها. وكما يجوز للمرأة أن تتولى عقدها، فكذا لها أن تتولى عقد غيرها زوجاً أو زوجة.

منه، وعموم الدليل الدال على اعتبار حجة اليمين من قوي جانبيه يقتضيه، وهو محتمل.

قوله: (الثاني: المحل، وهو كل امرأة يباح العقد عليها، وسيأتي ذكر المحرمات إن شاء الله تعالى).

الثالث: العاقد، وهو الزوج أو وليه، والمرأة أو وليها، وكما يجوز للمرأة أن تتولى عقدها فكذا لها أن تتولى عقد غيرها، زوجاً أو زوجة).

قد عد المرأة ركناً ثانياً حيث أنها محل، وعدّها من جملة الركن الثالث حيث عدّها أحد العاقدين، ولا بعد في كون الشيء ركناً باعتبار وركناً آخر باعتبار آخر. إذا عرفت ذلك فاعلم: أن المرأة يجوز لها أن تزوج نفسها إذا كانت نيباً حائزة التصرف باتفاق علمائنا، وكذا إذا كانت بكرًا وعصلها الولي، واختلفوا في البكر إذا لم يعصلها الولي، وسيأتي تحقيقة إن شاء الله تعالى، وأن الأصح أنها مع بلوغها ورشدها لها الاستقلال بالعقد على نفسها.

وكما يجوز للمرأة أن تعقد على نفسها، فكذا لها أن تتولى عقد غيرها بالوكالة إيجاباً وقبولاً، لأن عبارتها في النكاح كعبارتها في سائر العقود، ومنع من ذلك الشافعي وجمع من العامة، وقالوا: إن عبارتها في النكاح لا اعتبار بها إيجاباً وقبولاً لنفسها ولغيرها^(١)، وجوزوه أبو حنيفة وجماعة^(٢).

(١) أنظر: المجموع ١٦، ١٥٤، كفاية لأخبار ٢، ٣٠، لمعي لابن قدامة ٣٣٧٧، المبسوط ١٠٥.

(٢) أنظر: المجموع ١٦، ١٥٤، المضي لابن قدامة ٣٣٧٧، بداية المجتهد ٢٨٢، المبسوط ١٠٥.

ويشترط فيه: البلوغ، والعقل، والحرية. فلا يصح عقد الصبي ولا الصبية وإن أجاز الولي، ولا المجنون رجلاً أو امرأة، ولا السكران وإن أفاق وأجاز وإن كان بعد الدخول.

ولا يشترط في نكاح الرشيدة الولي، ولا الشهود في شيء من الأنكحة، ولو تأمرا الكتمان لم تبطل.

قوله: (ويشترط فيه البلوغ والعقل والحرية، فلا يصح عقد الصبي ولا الصبية وإن أجاز الولي، ولا المجنون رجلاً وامرأة، ولا السكران وإن أفاق وأجاز وإن كان بعد الدخول، ولا يشترط في نكاح الرشيدة الولي ولا الشهود في شيء من الأنكحة، ولو تأمرا الكتمان لم يبطل).

لا شبهة في أن العاقد كائناً من كان - زوجاً أو زوجة، أو ولي أحدهما أو وكيله - يشترط فيه البلوغ والعقل والحرية، فهو عقد الصبي لنفسه أو لغيره لم يعتد بهارته وإن أجاز وليه، وكذا الصبية، وكذا من به جمون، ذكر أو أنثى، وفي حكمه المغمى عليه والسكران

ولو أفاق السكران فأجار انعقد الواقع في السكر لم يصح وإن كان بعد الدخول.

وقال الشيخ في النهاية^(١) إنه يصح، لرواية محمد بن اسماعيل بن يزيد الصحيحة، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ، فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها فورعت منه فأقامت مع الرجل على ذلك الترويج، أحلال هو لها أم الترويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال: «إذا أقامت معه بعدما أفاقت فهو رضا

ويصح اشتراط الخيار في الصدق لا النكاح.

منها « قلت ويجوز ذلك الترويج عليها؟ قال: «نعم»^(١)
وحقق المصنف في المختلف: أن السكر إن بلغ حداً لا يبقى معه تحصيل كان
العقد باطلاً، وإلا فلا^(٢).

وما حققه حق، إلا أنه قال: وإن لم يبلغ السكر إلى ذلك الحد صح العقد مع
تقريرها إياه^(٣).

وفي هذا القيد نظر، لأنها حينئذ إن كنت بجانب التصرف لزمها ولم يكن لها بعد
ذلك رده، وإلا لم يصح أصلاً، فما حمل عليه رواية غير مستقيم
ولا يشترط في نكاح الرشيدة الولي، بكرة كانت أو لا، وسيأتي إن شاء الله
تعالى حكاية الخلاف في ذلك وتحقق الحق.

وكذا لا يشترط الشهود في شيء من الأمانة، المنعة والدائم، خلافاً لابن أبي
عقيل^(٤)، حيث اعتبر في الدائم مع لولي شاهدي عدل، لتضمن مكانته المطلب إلى
أبي الحسن عليه السلام «أن النكاح الدائم لا بد فيه من ولي وشاهدي عدل»^(٥) وهي
مع ضعفها - بكونها مكاتبة، وعدم العلم بصحة سندها - مخالفة لما عليه أكثر
الأصحاب، فيحمل على الاستصحاب.

ولا يشترط عدم تأمرها، الكتمان، أي: توأطئها عليه، وذهب مالك من العامة
إلى أن الإشهاد غير شرط، لكن يشترط عدم لتواطء على الكتمان^(٦)، وليس بشيء.
قوله: (ويصح اشتراط الخيار في الصدق لا النكاح).

(١) لقيه ٢٥٩:٣ حديث ١٢٣٠، التهذيب ٣٩٢٧ حديث ١٥٧٦، عيون الأخبار ١٨٠٢ حديث ٤٤

(٢) المختلف: ٥٣٨

(٣) المصدر السابق.

(٤) المختلف: ٥٣٥

(٥) التهذيب ٢٥٥٧ حديث ١١٠٦، الاستبصار ١٤٦:٣ حديث ٥٢٩

(٦) نظر بداية المجتهد ١٧٢، المجموع ١٦: ١٩٩

ولو ادعى كل منها لزوجية فصدقه الآخر حكم بالعقد وتوارثا.
ولو كذبه الآخر قضى على المعترف بأحكام العقد خاصة.

أما اشتراط الخيار في الصداق فيدل على صحته، أن ذكر المهر في النكاح غير شرط في صحته، ولذلك يجوز إحلاؤه عنه واشتراط عدمه، فإذا شرط أحدهما أو كلاهما خياراً لم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد، فيندرج في عموم «المسلمون عند شروطهم»^(١).

وأما لنكاح فانه يكون صحيحاً من ضربين لعبادات - وليس هو معاوضة لا يصح اشتراط الخيار فيه - فان شرط كان الشرط باطلاً قطعاً، وهل يبطل به العقد؟ فيه قولان.

أصحها - واختاره الشيخ^(٢) - والمصنف في المختلف^(٣) - نعم، لأن العراضي إما وقع على ذلك الوجه العاسد، فيكون ما وقع التراضي عليه منقياً، وغيره لم يحصل وقال ابن دريس: يبطل لشرط دون العقد، لأن الواقع شينان، فإذا بطل أحدهما بقي الآخر^(٤).

ويضعف: بأن الواقع شيء واحد، وهو العقد على وجه الاشتراط، فلا يتصور بطلان شيء منه وبقاء ما سواه، (ولأنه قد اشترط فيه ما ينافي، ووجود أحد المتنافيين يقتضي رفع ذلك)^(٥).

قوله: (ولو ادعى كل منها الزوجية وصدقه الآخر حكم بالعقد وتوارثا، ولو كذبه الآخر قضى على المعترف بأحكام العقد خاصة).

(١) أنظر الكافي ١٦٩ ٥ حديث ١، تنهيد ٢٢٧ حديث ٩٤، دهانم الاسلام ٤٤ ٢ حديث ١٠٦.

صحيح البخاري ١٢٠ ٣

(٢) المبسوط ١٩٤ ٤

(٣) المختلف: ٥٣٩

(٤) السرائر ٢٩٩

(٥) ما بين القوسين لم يرد في «ش» والنسخة المجرية، واثبتناه من «ض».

ولو ادعى زوجية امرأة وادعت اختها زوجيته وأقاما بينة، حكم لبينتها إن كان تأريخها أسبق، أو كان قد دخل بها، وإلا حكم لبينته. والأقرب الافتقار إلى اليمين على التقديرين، إلا مع السبق،

لو ادعى رجل أو امرأة زوجية الآخر، فإن صدقه ثبت النكاح بينهما ولزمها أحكامه حتى التوارث عدياً، لعموم: «إقرار لعقلاء على أنفسهم جائز»^(١) ومعلوم أن ذلك حيث يكون كل منهما نافذ الإقرار في غير النكاح، ولا يعتبر عندنا كونها عرييتين، خلافاً للشافعي في أحد قوليه، حيث حكم بمطالبة إهلتيين بالبينه وعدم ثبوت النكاح من دونها^(٢).

ولو كذبه، فإن أقام المدعى بينة أو حلف اليمين المرتبودة قصي بالنكاح ظاهراً كالإقرار، وعليها فيها بينهما وبين الله تعالى العمل بمقتضى الواقع في نفس الأمر، وإن لم يحصل أحد الأمرين قصي على مدعى لنكاح بأحكامه خاصة - أي: دون الآخر - سواء حلف المكر أم لا، فيسمع المدعي من تزوج به، وإن كان امرأة، وكذا كل ما تقع منه الروحة إلا بادن الروح، وإن كان رجلاً منع من الخامسة، وبنت الروح ومها وأختها وبنت أختها وبنت أخيها إذا لم تأذن، والمهر الذي أقر به دين عليه، لكن ليس لها مطالبة به، ويجب عليها التوصل إلى خلاص دمه إن كان صادقاً، ولا نفقة عليه، لأنها في مقابلة التمكين، ومن هذا يعلم أن إطلاق العبارة يحتاج إلى التقييد.

قوله: (ولو ادعى زوجية امرأة وادعت اختها زوجيته وأقاما بينة، حكم لبينتها إن كان تأريخها أسبق أو كان قد دخل بها، وإلا حكم لبينته، والأقرب الافتقار إلى اليمين على التقديرين، إلا مع السبق).

لو ادعى زوجية امرأة وادعت اختها زوجيته، فاما أن لا يقيم أحدهما بينة، أو

(١) انظر: عوالي للاي ٢٥٧٢ حديث ٥

(٢) لمجموع ١٨٧١٦، انوحي ٢٦١٢

يقيم كل منها بيته، أو يقيم أحدهما بيته دون الآخر، وعلى هذا فاما أن يكون المقيم للبيئة الرجل أو المرأة

وإذا أقام بيته، فاما أن تكون مطلقتين، أو مؤرختين، أو تكون أحدهما مطلقة والأخرى مؤرخة، فاما بيته الرجل أو لمرأة المؤرختان إما أن يتقدم منها تاريخ بيته أو بيئتها أولاً يتقدم واحد.

وعلى التقديرات فاما أن يدخل بها أو لا، هذه ثمانية عشر صورة
 فان لم يقيم أحدهما بيته فالقول قوله بيئته، لأنه مكر لروحيتها، ودعواه زوجية اختها بيته وبين الأخت

هذا إن لم يكن قد دخل بالمدعية، فإن دخل بها ففي الاكتفاء بيمينه نظراً إلى أنه متكر، أو بيمينها نظراً إلى أن فعله مكذب لدعواه بردد

وإن أقام أحدهما البيه حاصه قصي له، سواء الرجل والمرأة، والدخول وعدمه، إلا إذا كانت البيه للرجل وقد دخل بالمدعية، فانها لا تسمع، لأن فعله كذبها، فيكون كما لو لم يقيم أحدهما بيته.

وإن أقام كل بيته ولم يؤرخا معاً، أو أرخت إحداهما خاصة، فالترجيح لبيئته، لأن الأخرى لا يباهيها إلا مع الدخول لسقوط بيته بتكذيبه إياها، فيحكم لبيئتها. وإن أرختا معاً، فإن تقدم تاريخ بيئتها قدمت به مطلقاً، لأنها تشهد بالنكاح في وقت لا تعارضها الأخرى فيه، ومع لتساوي وتأخر تاريخ بيئتها، فالتقديم لبيئته إن لم يكن دخل بها، لورود النص على ذلك^(١) وإن كان محالاً للأصل، وهو قبول البيته للمدعي دون المتكر، فان الروح هو المتكر في هذه الصورة، وكأن هذا الحكم يجمع عليه بين الاصحاب.

(١) أنظر الكافي ٥٦٢ هـ حديث ٤٦، التهذيب ٤٣٣.٧ حديث ١٧٢٩

وإن كان قد دخل بها فدمت بيبتها في صورتين، لسقوط بيته بفعله.
 [وأعلم أن في حواشي شيعنا الشهيد أنه إذا تقدم تاريخ بيته تقدم وإن كان
 قد دخل بها، وهو خلاف ما هنا وخلاف المنصوص^(١).
 إذا عرفت ذلك فاعلم. أنه مع قدمه البيتين من طرف الرجل ومن طرف
 المرأة، هل يعتقر للحكم - به على تقدير تقديم بيته، ولها على تقدير تقديم بيته، في
 جميع صور تاريخها أو أحدهما أو الاطلاق - إلى اليمين؟
 الأقرب عند المصنف الافتقار إليها من قدمه بيته منه أو من غيرها في جميع الصور،
 إلا مع سبق تاريخ إحدى البيتين على الأخرى إذا أرحنا، فإنه لا احتياج إلى اليمين
 هنا.

وجه هذا انتهاء التعارض في صورة السبق، فإن السابقة تشهد بالسكاح في
 وقت لا يعارضها فيه أحد، فتعين الحكم بها.
 وأما بدون السبق فوجه القرب. أن، لتعارض حاصل، لأنه ظاهر مع اتفاق
 التاريخ.

وأما الاطلاق، فأصالة عدم لتقدم والتأخر صيرتها كالمثقتين، والبيعة في كل
 من الجانبين حجة.

أما من جانب الرجل فلورود النص على ذلك، وبه على ذلك أنه مدع
 لزوجية الأخت المتضمنة لكون المدعية غير زوجة، فهو مدعي في معنى المكر.
 وأما من جانب المرأة فلو صوح كونها مدعية، فمع اقامتها بتعارضان، فلا بد
 من مرجع للحكم بأحدهما، لأن القاعدة الكلية تساقط البيتين مع التعارض، فمن
 قوي جانبه يستحلف، ومع الدخول جانب امرأة أقوى، ومع عدمه فالأقوى جانب

(١) ما بين المقتضين ورد في نسخة المجرية، ولم يرد في نسخة مصر.

وفي انسحاب الحكم في مثل الأم والبنت إشكال.

ولو ادعى زوجية امرأة لم يلتفت إليه إلا بالبينة ، سواء عقد عليها

الرجل^(١).

فان قيل: مع الدخول تسقط بينته، فتبقى بينتها بعير معارض.

قلنا: الدخول مرجح لجانبها لا مسقط للبينة، فيصير جانبها أقوى، لمساعدة

الظاهر إياها، فان الدخول ليس نصاً في الزوجية، بل يسمى معه الاحتمال.

ويحتمل^(٢) العدم، لأن النص ورد على تقديم بينته، فلو توقف على اليمين لزم

تأخير البيان عن وقت الحاجة، ومع الدخول تسقط بينتها.

والجواب أن النص الولد غير منافي لثبوت اليمين بدليل آخر، مع أن ذلك

جار على خلاف الأصل، فيسمى الأحاد باللقين في موضع المحاكمة، وقد ثبت ذلك مع

التعارض، والدخول يقوي جانبها على ما بيناه، واعتبار اليمين أقوى.

قوله: (وفي انسحاب الحكم في مثل الأم والبنت إشكال).

ينشأ: من أن النص إنما ورد على الاختلاف بين الرجل وأخت من يدعي

زوجيتها، والحكم فيها ثبت على خلاف لأصل المقرر، فيعترض في المخالفة على صورة

النص.

ومن أن المقتضي مشترك، فان لزوج في هذه الصورة مدع وإن كان في قوة

المنكر، فتسمع بينته وتقدم.

وليس بشيء، بل المعتمد تقديم بينتها، ومع عدمها يحلف، ولا مقتضي في المسألة

السابقة إلا النص، فلا يتحاور مورده.

قوله: (ولو ادعى زوجية امرأة لم يلتفت إليه إلا بالبينة، سواء عقد

(١) في «ص»: ومع عدمه جانب المرأة، والصحيح ما أثبتناه وهو من «ش».

(٢) عطف على قوله السابق، هل يعتبر الحكم في اليمين الأقرب عند المصنف الافتقار

غيره أو لا.

عليها غيره أو لا).

ظاهر هذه العبارة أنه لا تسمع دعوه بدور ابيته، فلا يتوجه عليها اليمين، ولا وجه له إذا لم يعقد عليها غيره، لأنها لو أقرب لنفع اقرارها، ولو نكلت عن اليمين فردت عليه فحلف ثبت السكاح قطعاً

نعم إذا عقد عليها غيره، ففي سماع دعواه عليها قولان:

أحدهما - وهو ظاهر اختيار التذكرة^(١) - تسمع، بناء على أنها لو أقرت في هذه الحالة لا غرمها مهر المثل، لحيلولتها بين الزوج ومنايع البضع بالمقد على الثاني، كما لو باع شيئاً على أنه له ثم أقر بأنه مال يده، فإنه يقرم لرده عوضه.

والثاني - لا، وهو اختيار التحرير، لأن البضع ليس مائلاً للزوج، وإنما حقه الانتفاع به، ومنايع الحرم لا يضمن بالقوات، لأنها لا تدخل تحت اليد، على أن منافع البضع ليست كسائر المنايع، لأن الزينة لا تستحق مهراً ولا روجها، ومع الوطء بالشبهة فالمهر لها دون الروح، بحيث كن كذلك لا تسمع الدعوى، لأن عايتها إقرار الزوجة، وهو غير مسموع، أو رد اليمين، والمردودة إن كانت كالأقرار فظاهر، وإن كانت كالبيعة، فإنها هي كذلك بالنسبة إلى المتداعيين خاصة دون الزوج الثاني، فلا تفيد ثبوت السكاح، ولزوم مهر المثل لا دليل عليه، فلا أثر لسماع هذه الدعوى أصلاً.

لكن سيأتي في الرضاع إن شاء الله تعالى أن من انسخ السكاح بارضاعها تفرم المهر، لأن حق الانتفاع بالبضع متقوم شرعاً، فمن أنفقه فعليه عوضه، وهو المهر.

وبينه على ذلك وجوب دفع مهر المهاجرة إلى روجها الكافر، للحيلولة بينه وبينها بالاسلام، وهذا بعينه قائم هنا، فالعزم ليس ببعيد، مع ما فيه من الزجر عن الاقدام على مثل ذلك، والمحافظة على عموم البيعة على المدعي واليمين على من أنكر.

الفصل الثاني: في الأولياء، وفيه مطالب:

الأول: في أسباب، وهي في السكاح إما بالقرابة، أو الملك، أو الحكم. أما القرابة فتثبت الولاية معها بالأبوة والجدودة منها لا غير، فلا ولاية لأخ ولا عم ولا أم ولا جد لها ولا ولد، ولا غيرهم من الأنساب قربوا أو بعدوا.

قوله: (الفصل الثاني: في الأولياء، وفيه مطالب:

الأول في أسبابها، وهي في السكاح إما لقرابة، أو ملك أو الحكم. أما لقرابة، فتثبت الولاية معها بالأبوة والجدودة منها لا غير، فلا ولاية لأخ ولا عم ولا أم ولا جد لها ولا ولد ولا غيرهم من الأنساب، قربوا أو بعدوا).

أسباب لولاية في السكاح عند محصورة في القرابة والملك والحكم وهو الامامه والوصاية، ولم يعد لمصنف هذا الوصاية، وصرح فيها بعد بأنه لا ولاية في اسكاح بسببها، وتردد في الوصايا في ذلك، وقد جرم المصنف هذا بعد التردد، وعلى ما احسنه هناك من ثبوت الولاية بسببها يجب عندها.

والولاية الثابتة بالقرابة محصورة عندنا في قرابة الأبوة والجدودة من الأبوة، باتفاق علمائنا، فلا تثبت للأخ ولاية، من الأبوين كان أو من أحدهما، بمرء أم كان مع الحد، خلافاً للعامة^(١).

وكذا الولد وسائر العصبات قربوا أم بعدوا، وكذا لا ولاية للأم ولا لمن يتقرب بها، وهو قول الأصحاب وأكثر العامة^(٢).

(١) أنظر كفاية لأخبار ٣٢٢

(٢) أنظر المبسوط لسرخسي ١٠٥، أعانة الطالين ٣: ٣٠٧

وإنما تثبت للأب والجدة للأب وإن علا.
وهل يشترط في ولاية الجدة بقاء الأب؟ الأقرب لا.

وقال ابن الجبير: إن الأم وأبها يقومان مقام لأب في ذلك عند عدمه، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله أمر نعيم بن النجاشي بـ «استأمر أم ابنته في أمرها»، وقال: «فأمروهن في بناتهن»^(١).

وفي رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام «إن الذي بيده عقدة النكاح هو لأب والأخ والرجل يوصى إليه ونسبي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى، فأنت هؤلاء عمن حاز»^(٢)
وهو صميم، ومثل هذه لا يهتص حجة على ثبوت الولاية والسططه.

قوله: (وإنما سبب للأب والجدة للأب وإن علا، وهل يشترط في ولاية الجدة بقاء الأب؟ الأقرب لا).^(٣)

قد عرفت إجماع الأصحاب على تنعاه الولاية في النكاح عمن عدا الأب وجد له، ولا خلاف في ثبوتها للجدة عندما، إلا من ابن أبي عمير، فإنه قال الولي الذي هو أولى بنكاحهم هو الأب دون غيره من الأولياء^(٤)، وهو ظاهر في نفي الولاية عن الجدة، والأخبار الصحيحة حجة عليه، مثل قول لصادق عليه السلام في صحيحة عبد الله بن سنان «لدي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها» ولا خلاف في أن الجدة ولي أمر الصغيرة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ولاية الجدة ثبتت في كل موضع للأب ولاية، سواء كان

(١) نظر المحتف، ٥٣٦.

(٢) تهذيب ٣٩٢٧ حديث ١٥٧٢، علما بأن في «ص»: فأمر هؤلاء عقد جار.

(٣) في «ص»: الأقرب ذلك.

٤١ نظر المحتف ٥٣٥.

(٥) تهذيب ٣٩٢٧ حديث ١٥٧٠.

وتثبت ولايتها على الصغير ذكراً كان أو أنثى، بكراً أو ثيباً، وكذا على المجنون مطلقاً وإن بلغ.
وأما الملك فيثبت للمولى ولاية النكاح على عبده وإن كان رشيداً.

الأب حياً أو ميتاً عند جمع من الأصحاب

وقال الشيخ في النهاية إن حياة الأب شرط في ولاية الحد في موضع الولاية^(١)، وبه قال ابن الجبيل وأبو الصلاح^(٢) وابن الرحيم^(٣) والصدوق^(٤)، احتجاجاً برواية لعفصل بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام أنه قال «إن الحد إذا روح ابنة أمه وكان أبوها حياً وكان الحد مرضياً حراً، فإن هو من أبوها رجلاً وحدها رجلاً فالحد أولى بكاحها»^(٥)

وأحب أولاً، بالجمع من صحة الاستدلال، وبإيراد دليله المفهوم صغره، والأصح الأول.

قوله: (وتثبت ولايتها على لصغير، ذكراً كان أو أنثى بكراً أو ثيباً، وكذا على المجنون مطلقاً وإن بلغ)

لا ريب في بوث ولاية الأب للحد له على الصغير، ذكراً كان أو أنثى بكراً أو ثيباً، سواء حصلت الثبوتية بوطء وغيره، لأن مناط الولاية الصغير وهو موهود، وكذا تثبت ولايتها على المجنون مطلقاً، ذكراً كان أو أنثى بكراً أو ثيباً وإن بلغ.

قوله: (وأما الملك فيثبت للمولى ولاية النكاح على عبده وإن كان

(١) لنهيه ٤٦٦

(٢) نقله عنه العلامة في مختلف: ٥٣٥

(٣) الكافي في الفقه ٢٩٢

(٤) المهذب ٢ ١٩٥

(٥) لحدية ٦٩

(٦) الكافي ٣٩٦: ٥، نهديب ٣٩١: ٧ حديث ١٥٦٤

وعلى مملوكته كذلك، ولا خيار لها معه وله إجبارهما عليه.
وليس له إجبار من تحرر بعضه،

رشيداً، وعلى مملوكته كذلك، ولا خيار لها معه، وله إجبارهما عليه، وليس له
إجبار من تحرر بعضه).

الولاية بالملك تثبت للمولى على لعبد والأمة، صغيرين كانا أم لا، رشيدين أم
لا، سواء كان المولى ذكراً أم أنثى، صغيراً أم كبيراً، لقوله تعالى ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ
أَهْلِهِنَّ﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾^(٢) ومن الجملة التكاح.
ولحسنه زرارة عن الباقر عليه السلام، قدّم، سأله عن مملوك تزوج بغير
إذن سيده؟ فقال، «ذلك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فرق بينهما»^(٣) الحديث،
وعلى ذلك إجماع الخاص والعامة.

وللسيد إجبار مملوكته على التكاح وإن كانت كبيرة وشبهة ثيباً بغير خلاف
بين العلماء، لأن منافعتها مملوكة له، وكذا عبده الصغير عند جميع الأصحاب وأكثر
العامة^(٤)، وللشافعية خلاف^(٥)، وكذا الكبير عندنا وعند الأكثر^(٦)، وفي قول للشافعية
أنه لا يجبر البالغ العاقل^(٧)، وبه قال أحمد^(٨)، وهو مردود بأنه مالك لرقبته وموافقه
كالأمة، وربما تعلق غرضه بحصول النسل منه، ولظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا
الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾^(٩).

(١) النساء ٢٥

(٢) النحل ٧٥

(٣) الكافي ٤٧٨:٥ حديث ٣، التهذيب ٣٥١٧ حديث ١١٣٢

(٤) المغني لابن قدامة ٤٠١٧، الشرح الكبير ٣٩٢٧

(٥) المجموع ١٩٥:١٦، لوحي ١٠٢، المغني لابن قدامة ٤٠١٧، الشرح الكبير ٣٩٢٧

(٦) المغني لابن قدامة ٤٠٠٧، الشرح الكبير ٣٩٣٧

(٧) المجموع ١٩٥:١٦، لوحي ١٠٢، المغني لابن قدامة ٤٠٠٧، الشرح الكبير ٣٩٣٧

(٨) المغني لابن قدامة ٤٠٠٧، الشرح الكبير ٣٩٣٧

(٩) نور ٣٢

وللولي تزويج أمة المولى عليه، ولا فسخ بعد الكمال.

وأما المحكم فإن ولاية الحاكم تختص في النكاح على البالغ فاسد العقل، أو من تجدد جنونه بعد بلوغه، ذكراً كان أو أنثى مع الغبطة. فلا ولاية له على الصغيرين، ولا على الرشيدين، وتسقط ولايته مع وجود الأب أو الجد له.

ولو تحرر بعض العبد أو الأمة لم يملك إجبارها قطعاً، لأن البعض غير مملوك له. فلا يتسلط عليه، نعم لا يصح نكاحه إلا بكده.

قوله: (وللولي تزويج أمة المولى عليه، ولا فسخ بعد الكمال). إذا اقتضت المصلحة تزويج أمة المولى عليه كالأصمى والمجنون والسمي جاز فعله عندنا، لأن ذلك من حمة التصرفات التي هي متعلق الولاية، فإذا كمل المولى عليه لم يكن له فسخ هذا النكاح كغيره من التصرفات.

قوله: (وأما المحكم، فإن ولاية الحاكم تختص في النكاح على البالغ فاسد العقل ومن تجدد جنونه بعد بلوغه، ذكراً كان أو أنثى مع الغبطة، ولا ولاية له على الصغيرين ولا على الرشيدين، وتسقط ولايته مع وجود الأب أو الجد له).

المراد بالحاكم عندما هو: الإمام العادل، أو من أذن له الإمام، ويدخل فيه الفقيه المأمون الجامع لشرائط الاعتناء والحكم في رمان العيبة، ومأذون الحاكم في النكاح الذي ولايته إليه كالحاكم.

إذا تقرر ذلك فولاية الحاكم في النكاح بها تثبت على من بلغ فاسد العقل وتجدد فساد عقله بعد البلوغ، ذكراً كان أو أنثى، إذا كان النكاح صلاحاً له.

ووجه الثبوت: أن ولاية المال إليه اجماعاً، فيكون وليه في نكاح، إذ هو من حمة ما ندعو الحاجة إليه، وصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال:

ولا ولاية للوصي وإن فوضت إليه، إلا على من بلغ فاسد العقل مع الحاجة.

«الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها»^(١).

ولا ولاية للمحاكم على الصغيرين، لانتهاء حاجتهما الى النكاح، وكذا لا ولاية له على البالغين الرشيدين، بل أمرهما بيدهما، وللمحاكم الولاية على السفه البالغ، وسيأتي في كلام المصنف، وكأنه إنما ترك ذكره هنا اعتماداً على اندراجهم فيمن بلغ فاسد العقل، وفي تناوله له تأمل.

واعلم أن قوله. (وتسقط ولايته مع وجود الأب أو الجد له) يقتضي أن لا يشترط للمحاكم معها ولاية على المجنون وإن تجدد جنونه بعد بلوغه ورشده، وإطلاق قوله فيها بعد (المحجور عليه لنفسه) (ومع الحاجة يأتى له المحاكم فيه) يقتضي أنه لا ولاية للأب أو الجد عليه مطلقاً وإن كان سمعه معصلاً برمان صرحه.

وفي هذا الإطلاق الأخير نظر، لأنه قد سبق في باب الحجر أن الحجر لا يزول عن الصغير إلا ببلوغه رشيداً، وهذا يقتضي أن تكون الولاية عليه مع بلوغه سميهاً للأب والجد، ويبعد أن تكون الولاية لها في ماله وللمحاكم في نكاحه، ولعله إنما أطلق هنا اعتماداً على ما سبق هناك، فعلى هذا يستثنى منه من بلغ سميهاً.

وحينئذ فمقول. من تجدد جنونه بعد بلوغه ورشده ينبغي أن تكون الولاية عليه للمحاكم، لسقوط ولاية الأب والجد به ببلوغه رشيداً، فعودها يحتاج إلى دليل كالذي نحدد سمعه، ولا يحضري الآن تصريح بذلك، إلا أن اسطر يقتضيه.

قوله. (ولا ولاية للوصي وإن فوضت إليه، إلا على من بلغ فاسد العقل مع الحاجة).

اختلف كلام لأصحاب في أن وصي الأب أو الجد هل ثبت له ولاية

.

التزويج؟

قال في التذكرة: إنما تثبت ولاية الوصي في صورة واحدة عند بعض علمائنا، وهي: أن يبلغ الصبي فاسد العقل وتكون له حاجة إلى النكاح وضرورة إليه مع عدم الأب والمجد له^(١).

وهذه العبارة تقتضي أن يكون ميمم بلغ فاسد العقل خلاف، وصرح بثبوت الخلاف في شرح الارشاد، إلا أن الأكثر على ثبوت الولاية في هذه الصورة، وهو المحتار.

ووجهه: ظهور الحاجة فإنه مع الداعي لا يؤمن وقوعه في الرنا أو حدوث مرض به، وعلى هذا معنى ظهرت أمانة الحاجة إلى النكاح زوجه مراعيًا للمقابلة. وكذا القول في السفية، لما ذكر، ولأنه لا يؤمن بهاب دينه، ويترتب الحد عليه بالزنا وقضيحته في الدارين، وذلك من أشد^(٢) أنواع الضرر، إلا أنه لا يجوز إجباره على التزويج، وإنما يتوقف على إذن الوصي إذا أراه، وبه صرح في شرح الارشاد، وهذا في السفية الذي تثبت عليه الولاية للأب والمجد.

وأما الأنثى والذكر الصغير، فاختار المصنف في التذكرة عدم ثبوت الولاية عليهما بالوصاية، سواء أطلق الموصي الوصية أو بس على الانكاح^(٣)، وهو اختياره هنا وفي التحرير^(٤)، وقول الشيخ في المبسوط^(٥)، لانتفاء الدليل الدال على ذلك، وانتفاء الحاجة في الصغير والأنثى.

(١) تذكرة المعجم، ٥٩٢ ٢

(٢) في «ش»: وذلك أشد من.

(٣) تذكرة المعجم، ٥٩٢ ٢

(٤) تحرير الاحكام ٦٠٢

(٥) المبسوط ٥٩٤

والمحجور عليه للسفه لا يجوز أن يتزوج إلا مضطراً إليه، فإن تزوج من غير حاجة كان العقد فاسداً، ومع الحاجة يأذن له المحاكم فيه

وقال في المختلف^(١) بالثبوت، وهو قول الشيخ في الخلاف^(٢)، وقول آخر له في المبسوط^(٣)، واحتاره شيخنا في شرح الإرشاد، لأن تصرفات الوصي كلها منوطة بالعبطة، وقد تتحقق العبطة بنكاح الصغير، وعموم «فمن بدله»^(٤) ولقول الصادق عليه السلام في رواية أبي بصير لسالفة «لئن بيده عقدة النكاح هو لأب والأخ والرجل يوصى إليه»^(٥).

واعترض في المختلف بأن الأخ لا ولاية له عندنا، ثم أجاب بالمحمل على ما إذا أوصى إليه^(٦) وهذا هو المختار.

إذا عرفت ذلك، فهل تثبت ولاية الوصي في نكاح بتعميم الوصية، أم لا بد من التصريح بالوصية في النكاح؟ يلوح من عبارة القائلين بالثبوت الثاني، حيث فرضوا المسألة فيما إذا أوصى إليه بأن يزوج ولده الصغير، وهذا هو الذي ينبغي، لأن النكاح ليس من التصرفات التي ينتقل الدهن إليها عند الإطلاق، فلا يكاد يعلم التمريض فيها من دون التصريح به.

قوله: (والمحجور عليه للسفه لا يجوز له أن يتزوج إلا مضطراً إليه، فإن تزوج من غير حاجة كان العقد فاسداً، ومع الحاجة يأذن له المحاكم فيه

(١) مختلف السبعة ٥٤١

(٢) خلاف ٢٠٥٢ مسأله ٩ من كتاب النكاح

(٣) المبسوط ٥٩٤

(٤) ليفة ١٨١

(٥) لتهذيب ٣٩٣٧ حديث ١٥٧٣

(٦) لمصنف ٥٤١

مع تعيين الزوجة وبدونه. وليس الاذن شرطاً،

مع تعيين الزوجة وبدونه، وليس الاذن شرطاً).

لما كان المحجور عليه للسفه مجموعاً من التصرفات المالية لم يكن له الاستقلال بمقدد النكاح، وإياها يصح بادن وليه، ولا يجوز للولي الاذن إلا إذا احتاج السفه إلى الترويج، لاشتغال النكاح على ضرر تحمل المهر والسفه، فلا يصار إليه إلا عند الحاجة، لوجود داعي الشهوة إلى المرأة والحاجة إلى الخدمة، وكون النكاح أغبط من شراء الأمة.

فاذا ظهرت أمارات الحاجة أذن له الولي سواء كان هو الحاكم أو غيره - في تزويج امرأة واحدة، إلا أن تدعو حاجة الخدمة إلى أزيد من امرأة وتقتضيه المصلحة، وبه صرح في التذكرة^(١)، ويُلَوَّحُ مِنْ عِدُونِهِ أَنْ دَاعِيَ الشَّهْوَةِ لَوْ اقْتَصَى الْأَرِيدَ وَكَانَ مُشْتَمِلًا عَلَى الْمَصْلَحَةِ جَارًا، وَلَا يَأْسُ بِهِ، وَإِذَا تَحَقَّقَتْ الْحَاجَةُ الْمَجُورَةُ لِلْأَدْنِ وَجَبَ عَلَى الْوَلِيِّ أَنْ يَأْذِنَ لَهُ فِيهِ.

وهل يشترط تعين الروجة؟ فيه وجهان:

أحدهما: واختاره المصنف في كتبه^(٢) - عدم لاشتراط، فيصح الاذن المطلق - ويتكح من شاء بمهر مثلها أو أقل - كي يجوز لسيد إطلاق الاذن، فلو تكح في هذه الحالة شريفة يستغرق مهر مثلها ماله أو معظمه لم يصح، لأنه على خلاف المصلحة. والثاني: لا يصح الإطلاق، بل لابد من تعيين المرأة أو ساء قبيلة أو تقدير المهر، لأن المقتضي للحجر عليه هو حفظ ماله وصيانته عن الانلاف، فلو جوزنا إطلاق الاذن له لم يأمن أن يتكح من يستغرق مهر مثلها ماله، ولا يكفي لدفع المحذور كون النكاح فاسداً في هذه الحالة، لأنه بالدخول يجب مهر المثل مع جهلها، فيلزم الوقوع في المحذور، نعم لو لم يوجب بالدخول في هذه الحالة مهراً انتهى المحذور.

(١) التذكرة ٢ ٦١٠

(٢) قواعد الاحكام ٦٢ تذكره لفظي، ٢ ٦١٠ - ٦١١، تحرير الاحكام ٢: ٦٦.

ولفائل أن يقول: إن هذا الحكم ثابت، سواء جورنا الاذن المطلق أم لا، فإن السفية لو اسقبل بالنكاح من دون إذن حيث لا حاجة ودخل وحسب مهر المثل، وليس هذا خاصاً بحال إطلاق الاذن.

ويمكن أن يقال: الفرق قائم مع لائن المطلق وبدونه، فإن الاذن يقتضي حرأته على النكاح وقبول المراء منه، بخلاف ما إذ لم يكن، فاعتبار الاذن أقوى^(١). إذا عرفت ذلك فارجع إلى العبارة، واعلم أنه لو قال: ومع الحاجة يأذن له الولي، لكان أشمل وأحسن مما إذا قيل: يأذن له الحاكم.

واعلم ايضاً أن ظاهر قوله (وليس لائن شرطاً) مساف لقوله (ومع الحاجة يأذن له الحاكم) لأن الظاهر أن المراد من قوله (يأذن له الحاكم) اعتبار ذلك في صحة نكاحه وعدم الاعتداد به من دونه، أي ومع الحاجة يأذن له الحاكم فيه ولا يستعمل به من دون إذنه. ولولا ذلك لم يكن للحجر معنى، فإنه إذا استقل السفية ببعض التصرفات وأحسن بامضائها، كان ذلك سبباً في الاقدام على أي تصرف كان ووسيلة إلى اتلاف المال، ومتى كان هذا هو المعنى مراد كان قوله (وليس الاذن شرطاً) مافياً له، لأن مقتضاه جواز الاستقلال من دونه.

وسياقي في كلامه في المطلب الثالث أنه لو تزوج من غير إذن فسد، وهو صريح في المراد.

وطريق التأليف بين الكلامين أمران:

أحدهما: حمل قوله (ومع الحاجة يأذن له الحاكم) على أن المراد أن الحاكم لا يمنعه في هذه الحالة ولا يحجر عليه، بل يخلف بينه وبين النكاح، وهذا هو المطابق

(١) في «ش»: بخلاف ما إذا لم يكن باعتباره أقوى.

فإن زاد عن مهر المثل بطل الزائد.

لكلامه في التحرير^(١) ولعبارة "صاحب الشرائع"^(٢)، إلا أن ما سيأتي في كلامه في المطلب الثالث - من أنه لو تزوج بغير إذن فسد - يناقض هذا.

الثاني: حمل قوله (وليس الاذن شرطاً) على أنه ليس شرطاً على كل حال^(٣)، بل يصح النكاح إذا تعذر الاذن من الولي والحاكم استقلالاً بمهر المثل لمن يليق بحاله، وإن كان غير مطابق، لما سيأتي من كلامه كمال المطابقة، لأنه تردد في ذلك ثمة، فحزمه هنا بخلاف ذلك.

وكيف كان عاثناني أولى (وهو المعنى به) فإن فائدة المجرى على السفية تستفي لو لم يشترط اذن الولي في نكاحه، هو مختاره في التذكرة^(٤).

وقوله: (فإن زاد عن مهر المثل بطل الزائد).

تفريع على ما قبله.

وتحقيقه: أنه إذا أذن له الولي في الترويج ولم يعين له الروجة، أو عيها ولم يعين له لمهر، أو استقل هو بالنكاح ابتداء لو لم يجعل الاذن شرطاً فعقد على امرأة تليق به بأزيد من مهر مثلها لم يفسد النكاح، لأن المهر غير شرط في صحته بل تبطل الزيادة لأنها تبرع، وهو من السفية ممتنع.

ويحتمل بطلان النكاح، لأن التراصي إنما وقع على المستمسى وقد فات، فلا نكاح حينئذ، وأطلق المصنف القول بصحة لنكاح وبطلان الزائد، محتجاً بأن الخلل في الصداق لا يقتضي فسخ النكاح، وكذا غيره، وهذا متجه إذا كانت المرأة عالة بأنه سفية، أما مع جهلها فيشكل ثبوت النكاح في حقها بمهر المثل على وجه قوي.

(١) التحرير ٦٤٢.

(٢) في «ض»: واختاره.

(٣) الشرائع ٢٧٧-٢.

(٤) في «ش»: على حال.

(٥) التذكرة ٦١٠، ٦١١ - ٦١١.

وولاية القرابة مقدمة على ولاية الحاكم، وولاية الملك مقدمة على الجميع.

ولو اجتمع الأب والجدة واحتدوا في الاختيار قدم اختيار الجدة، فإن عقد، قدم السابق، فإن اقتربا قدم عهد الحد، ولا ولاية عندنا بالتعصيب ولا بالعتق.

قوله: (وولاية القرابة مقدمة على ولاية الحاكم، وولاية الملك مقدمة على الجميع).

وجهه: أن لولي بالقرابة ولي خاص، فمقدم على الحاكم لأنه ولي عام، والولاية الخاصة أقوى. وللصوص^(١) الدلالة على تقديم الأب والجد له على كل أحد، وهذا في غير من يحدد سهمه، وإن ثبت ما ذكرناه فيمن تحدّد حصونه فهو كذلك

وأما ولاية الملك فلاها أقوى من الكل، ولأن لئاس مسيطرون على أموالهم^(٢) واعلم أن ولاية الوصي عن لأب والجد مقدمة على ولاية الحاكم أبصاً، لأنه نائب للولي الخاص

قوله: (ولو اجتمع الأب والجدة واحتدوا في الاختيار قدم اختيار الجدة، فإن عقدا قدم السابق، فإن اقتربا قدم عهد الحد)

يدل على ذلك ما رواه عبيد بن رزرة في موقى قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام الحاربة يريد أبوها أن يزوجها من رجل ويريد جدّها تزويجها من رجل، قال: «الجد أولى بذلك ما لم يكن مصراً، وإن لم يكن زوجها قبله»^(٣)

قوله: (ولا ولاية عندنا بالتعصيب ولا بالعتق).

(١) النكاح ٣٩٥٥ حديث ٥٨، لعمري ٣ ٢٥ حديث ١١٩٢، ١١٩٣، التهذيب ٣٩٠٧ حديث ١٥٦٠ - إلى ١٥٦٥

(٢) عوالي اللآلي ١٣٨: ٢ حديث ٣٨٣

(٣) نكاحي ٣٩٥٥ حديث ١ الفقيه ٣ ٢٥ حديث ١١٩٢، تهذيب ٣٩٠٧ حديث ١٥٦٠

المطلب الثاني: في مسقطات الولاية وهي أربعة:
الأول: الرق، فلا ولاية للمملوك على ولده، حرّاً كان الولد أو عبداً
 للمولى أو لغيره.

ولو أذن له المولى صح، وكذا المدبر والمكاتب وإن تحرر بعضه.
 ولو وكله غيره في الإيجاب أو القبول صح باذن السيد وغيره.

قد نبهنا فيما سبق على انتفاء الولاية في الكاح عن العصة، وهم: المتقربون
 بالأب، وكذا عن كل من عدا الأب ولحقه له، وأسست ولاية المعتق ومن تقرب به،
 خلافاً لجمع من العامة^(١).

قوله: (المطلب الثاني: في مسقطات الولاية، وهي أربعة:
الأول: الرق، فلا ولاية للمملوك على ولده، حرّاً كان الولد أو عبداً
 للمولى أو لغيره، ولو أذن له المولى صح، وكذا المدبر والمكاتب وإن تحرر
 بعضه، ولو وكله غيره في الإيجاب أو القبول صح باذن السيد وغيره).
 لا ريب أن الرق من الأسباب المسقطّة لولاية، ولو كان الأب أو الحد للأب
 رقيقاً لم تكن له ولاية الترويح ولا غيره، لأنه ليس أهلاً لذلك، لنقصه بالرق المقتضي
 كونه لا يقدر على شيء، ولأنه لا يستطيع ترويح نفسه فغيره أولى، ولأن الولاية
 تسدعي البحث والنظر، والعبد مسعور بخدمته سيده لا يتفرغ لها،
 ولا فرق في سقوط ولايته عن ولده بين كونه حرّاً أو عبداً ملكاً لسيدته أو لغيره،
 هذا إذا لم يأذن له مولاه.

فإن أذن له صح، ويسمي أن يكون موضع نصحه ما إذا كان الولد مملوكاً فأذن
 له مولاه أيضاً في ترويح، أما لو كان حرّاً صغيراً، فإن ثبوت ولايته عليه باذن المولى

(١) أنظر لمعي لابن قدامة ٧/ ٣٦٠، بداية المجتهد ١٣٢

الثاني: النقص عن كمال الرشد كالصبي والمجنون والمغمى عليه والسكران، ولو زال المانع عادت الولاية.

له مشكل، لأن المقتضي لسلب ولايته هو الرق، ولا يزول بالافتن. ولا فرق في المملوك بين كونه قناً أو مديراً أو مكاتباً، ولو تحرر بعضه فكالفن^(١). ويجوز أن يكون العبد وكيلاً عن المكاح كغيره من العقود، لأن عبارته صحيحة قطعاً، ولا فرق بين أن يأذن له المولى أو لا، لأنه (لا يمنع من التكلم بها يزيد ولا يتوقف جواره على إذن المولى، لكن يشترط أن لا يستنصر المولى بذلك) (٢) لا يمنع شيئاً من حقوقه، ولو ساء المولى عن ذلك فالمنع^(٣).

قوله: (الثاني: النقص عن كمال الرشد، كالصبي والمجنون والمغمى عليه والسكران، ولو زال المانع عادت الولاية).

لما كان تصرف الولي موطئاً بالعبطه والمصلحة - وإياها يحصل بالبحث و نظر من له أهلية معرفة ذلك - اعتبر في الولي.

أن لا يكون صبيّاً، لنفسه، وعدم اعتبار أفعاله وأقواله التي من جملتها نظره وعبارته وإن كان مراهماً، ومعلوم أنه يتمتع في الأب والجد أن يكونا صبيين.

وكذا المجنون إذا كان جنونه مطبقاً، ما قلناه في لصي، بل هما أولى، وإن كان مقطوعاً بولايته ثابتة، لأنه كالأعماء، ويحتمل سلب ولايته بذلك كالمطبق، وهو ظاهر عبارة الكتاب، والأول أقرب مع قصر زمانه

(١) جاء في النسخة المحررة بعد هذا الكلام ويمكن أن يكون لعد رب بالوصاية والحكم إن حوذا له ولاية القضاء، لكن بشرط إذن المولى

(٢) ما بين القوسين لم يرد في «ش»

(٣) جاء في «ش» بعد هذا الكلام اختار مصنف في حذف بدء ولاية العبد على ولده الصغير بعد أن حكى عن ابن الحفيد رواي ولاية يرق ورواه، وهو لظاهر من عبارة الكتاب هنا، أنه لا ريب في اعتبار إذن المولى في بعض هذه لكن بشكل عليه جوهر بوكيله في لعد على لصير من دون عبارة الان

الثالث: الكفر، وهو يسلب الولاية عن ولده المسلم، صغيراً أو مجنوناً، ذكراً أو أنثى، ولا تسلب ولايته عن الكافر، ولو كان الجد مسلماً

والاغناء إن كان مما يدوم يوماً وسومين وأكثر تزول الولاية به حال الاغناء، لكن إذا زال عادت مع وجود مقتضياتها كالأبوة والجدودة، وإن قصر زمانها غالباً فهي كالنوم لا تزول بها الولاية.

والسكر إن بلغ حداً يزول معه التمييز فليس له أن يزوج في هذه الحالة قطعاً، وإن بقي التمييز فقد قال المصنف في التذكرة: الوجه أنه لا يزول في الحال^(١)، وكأنه نظر إلى أن ذلك مانع من البحث عن العبطة وبمحصيل المصلحة.

والامراض الشديدة^(٢)، والأسقام المعققة الشاعلة عن النظر، ومعرفة وحده المصلحة كذلك، فتزول الولاية بها وينتقل إلى الأبعد، صرح به في التذكرة^(٣).

والسفه مانع، لأنه سبب في ثوب الولاية على السفه، هو حب أن لا تكون له ولاية على غيره على الأقرب

إذا عرفت ذلك فإذ رل مانع عادت الولاية، وهذا في الأبوة والجدودة ظاهر، أما في الوصاية فإنها إذا بطلت لا تعود لولاية إلا أن ينص الموصي على عودها بعد زوال المانع.

واعلم، أن الفسق غير قاذح في بقاء الولاية إذا حافظ على مقتضياتها، فلا يعتد في الرشد أن يكون الشخص مصححاً لديه، لأن المعسر في المعاملات هو الرشد لدنيوي لا لديني على الأصح

قوله: (الثالث: الكفر، وهو يسلب الولاية عن ولده المسلم، صغيراً أو مجنوناً ذكراً أو أنثى، ولا تسلب ولايته عن الكافر، ولو كان الجد مسلماً

(١) التذكرة ٢ ٦٠٠

(٢) في «ض»: والأغراض الصحيحة

(٣) التذكرة ٢ ٦٠٠

تُعَيَّنَ ولايته على الكافر والمسلم دون الأب لكافر، وبالعكس

تُعَيَّنَ ولايته على لكافر والمسلم دون لأب الكافر، وبالعكس.

لا خلاف عندنا في أن الكافر لا تثبت ولايته على المسلم قال الله تعالى ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ وقال عليه السلام: «الاسلام يعلو ولا يُعلَى عليه»^١ ولو كان للكافر ولد مسلم صغير أو محمول ذكر أو أنثى لم يكن له عليه ولاية ويتصور اسلام الولد في هذه الحالة باسلام أمه أو حته على القول بأن الولد يسمع الحد في الاسلام، وسيأتي بحقه إن شاء الله تعالى في أحكام الكفر من مواقع الارث، وكذا يتصور إذا أسلم بعد بلوغه ثم حُرِّ، أو كانت أنثى على القول بثبوت الولاية على البكر البالغ

أما الولد الكافر، فإن ولايته عليه ثابتة، كما تثبت ولاية الأب الفاسق على ولده الفاسق، للعموم ولأن الاحتياط في انكاحه مسند إلى الشبهة المسية عن القرينة، وهي حاصلة حين الكفر.

ولو كان الحد مسلماً مع كون الأب كافراً تُعَيَّنَ ولايته على الولد الكافر والمسلم، ويثبت على ذلك قوله تعالى ﴿لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ﴾^٢ حيث أن نهي الاستواء يفيد العموم، وقوله عليه السلام: «الاسلام يعلو ولا يُعلَى عليه».

ويتصور كون الولد كافراً مع اسلام الحد، بأن يتحدد اسلام الحد بعد بلوغ الولد كافراً ثم يعرض له الجوارح - على القول بعدم تبعية لصغير له مع كفر الأبوين -

١١، النساء ١٤١

٢١، انعمه ٢٤٣٤ حديث ٧٧٨، عول الألفي ٢٢٦،١ حديث ١١٨

(٣) خبر ٢٠

الرابع: الاحرام، وهو يسلب عبارة لعقد ايجاباً وقبولاً.
ولا يمنع من الانعقاد بشهادته، إذ اشهادة عندنا ليست شرطاً لكنه
فعل محرماً.
ولا يمنع من الرجعة وشراء الاماء والطلاق، فإن زال المانع عادت
ولايته.
ولا تنتقل الولاية عنه إلى المحاكم حالة الاحرام.
والعمى والمرض الشديد إذا بقي معه التحصيل، والغيبة والفسق غير
مانعة.

وإن كان الولد الكافر أنثى، يهاء على ثبوت الولاية على البكر لدفع
ويعكس المحكم لو انعكس الغرض، فإذا كان الأب مسلماً والمحد كاهراً، يعسب
الولاية للأب على الولد المسلم ولكاهر دون المحد وبغيره ما سبق
ويتصور كهر لولد يتجدد اسلام أبيه بعد بلوغه كافراً ثم معرض له المحنون،
وفي البكر البالغ.

قوله: (الرابع: الاحرام، وهو يسلب عبارة العقد ايجاباً وقبولاً، ولا
يمنع من الانعقاد بشهادته - إذ الشهادة عندنا ليست شرطاً - لكنه فعل
محرماً، ولا يمنع من الرجعة وشراء الاماء والطلاق، فإن زال المانع عادت
ولايته، ولا تنتقل الولاية عنه إلى المحاكم حالة الاحرام والعمى والمرض
لشدید إذا بقي معه التحصيل والعيبة والفسق).
لا خلاف عندنا في أن الاحرام يمنع صحة النكاح ايجاباً وقبولاً، لسلب ولاية
يقاع النكاح حالة الاحرام وبو توكيلاً، لقول لصادق عليه السلام، «ليس للمحرم
أن يتزوج ولا يزوجه محلاً، فإن تزوج أو زوج فزوجته باطل»^(١).

(١) لغيره ٢٣٠ ٢ حديث ١٠٩٦، لغيره ٢٢٨ ٥ حديث ١١٢٨، لغيره ١٩٣ ٢ حديث ٦٤٧

.....

ولا يقدح في صحة التزويج كون المحرم شاهداً عندما، لأن الشهادة غير شرط فيه، ولا يمنع الإحرام من الرجوع، لأنها استداهه للعقد لا ابتداء نكاح، وكذا شراء الإمام، إذ ثمره الشراء انتقال المالك، وليس بنكاح وبأن المدح في استحقاق المنافع جواز الوطء، وكذا جميع أسباب المدح، وبطلان قطع لعصمة^(١) النكاح وليس بنكاح فلا يحرم.

ومن فاته الحج بعد الإحرام به لا يحور له التزويج والرجوع، لأنه محرم، وتحمله بالعمرة عبارة عن عدوله بإحرام الحج^(٢) بعمرة^(٣) والأيمان بيامي أفعالها^(٤) إذا عرفت ذلك فاعلم أن محرم الولي لا يقتضي نقل الولاية عنه إلى الحاكم، لأنه عارض سريع الروال، لكن لو اضطر المولى عليه في هذه الحالة أمكن لقول بأن الحاكم يزوجه للضرورة، ولا أثر للإحرام الفاسد، [لأن]^(٥) مشأه محل فرع، لو كان المولى عليه سفيهاً، فاحتج إلى دن لولي له في لنكاح، فهل للولي الاذن إذا كان محرماً بحيث يقع منه صحيحاً؟ يحتمل ذلك، لأنه ليس بنكاح، واعلم أن العص لا يسلب ولاية النكاح عندما، سواء كان حلقة أو متجدداً، لأن الأعمى أهل البحث والنظر وستعلام حال الأصلح من الرجال، خلافاً لبعض العامة^(٦)

وكذا المحرس مع وجود الإشارة المهمة وما في معابها كالكتابه - خلافاً لبعض العامة - وبدونها تزول ولايته قطعاً، سواء كان حلقة أو متجدداً، وكذا الصمم والمرص الشديد إذا لم يشغل عن مقصود الولاية لا يزيلها،

(١) في «ص»: لسلطنة

(٢) في «ص»: حينئذ فيحل

(٣) في «ش» و«ص»: لا، وانثبت من السجدة المحجوبة وهو الصحيح

(٤) المجموع ١٦ ١٥٧ - ١٦٠

المطلب الثالث: في المولى عليه، لا ولاية في النكاح إلا على ناقص بصغر أو جنون أو سفه أو ورق.

وللأب أن يزوج المجنون الكبير عند الحاجة ولا يزيد على واحدة، وله أن يزوج من الصغير أربعاً، وأن يزوج المجنون الصغير وإن لم يكن ذلك للحاكم، ويزوج المجنونة الصغيرة والبالغة، وكذا الحاكم مع المصلحة بكرراً كانت أو ثيباً.

ولا يفتقر الحاكم إلى [مشاورة أقاربها] ولا الحاجة، بل يكفي المصلحة فيها.

بحلاف غيره.

وكذا لعبية والنسوة، ولا يرول بها لولا به عندنا فللعاسق أن يزوج ابنته الصغيرة والمحسنة، سواء كان العسق سابقاً أو محدداً، لأنه لا يسبب أهلية البحث والنظر عن الأصح من الرحار، وبو رد تزويجها بمن لا مصلحة فيه معه الحاكم، وكذا القول في العيبة، لكن لو عرست ضرورة إلى التزويج مع عيبة الولي تولاه الحاكم، دهنماً للضرورة.

قوله: (المطلب الثالث: في المولى عليه

لا ولاية في النكاح إلا على ناقص بصغر أو جنون أو سفه أو ورق، وللأب أن يزوج المجنون الكبير عند الحاجة ولا يزيد على واحدة، وله أن يزوج من الصغير أربعاً، وأن يزوج المجنون الصغير وإن لم يكن ذلك للحاكم، ويزوج المجنونة الصغيرة والبالغة، وكذا الحاكم مع المصلحة بكرراً كانت أو ثيباً، ولا يفتقر الحاكم إلى مشاورته أقاربها ولا الحاجة، بل يكفي المصلحة فيها..

قد علم أن مناط الولاية في النكاح هذه الأمور. فلا تثبت إلا بواحد منها، لكن على القول بأن إذن الحاكم ليس شرطاً في نكاح السفيه لا يكاد يتحقق للولاية عليه في النكاح معنى.

فإن قيل، معنى الولاية عليه منعه في غير محل الحاجة.

قلنا: لكل أحد هذا المنع من باب الحسبة، فلا معنى للولاية عليه حينئذ إذا عرفت ذلك فقد تقدم كثير من أحكام المولى عليهم، واستيفاء الباقي هنا. فاعلم أن للأب أن يزوجه لمجنون، الكبير عسراً حاجته إلى النكاح لا بدورها، لأن لوازم النكاح - من المهر والتعقة - تقتضي اتلاف ماله من غير حاجة ولا مصلحة في ذلك، وحصول الولد غير مسطور إليه هنا، لأن الواجب على الولي حفظ المال وصيانته عن التلف، فيعصر في ذلك على موضع الحاجة.

وتتحقق الحاجة برغبته في النساء وتتبعهن وتعلقه بهن وطلب الفعل منهن وما أشبه ذلك، وكذا تتحقق إذا احتاج إلى امرأه تخدمه وتتعهده بالقيام به ولا يوجد من يقوم بذلك، وتكون مؤنة الزواج أحف من شراء أمة تخدمه، أو لا تتفق أمة تقوم مقام الزوجة في خدمته، فحينئذ نستأجر، لئلا ترجع عن الوعد بالخدمة، فإن ذلك ليس واجباً عليها، ومثله ما لو ظن شفاؤه بذلك استناداً إلى قول عارف أو تجربة سابقة، فحينئذ يزوجه الأب أو الجد له، ومع عدمها فالحاكم.

ولا يزيد على الواحدة، لروال الضرورة بها، وهذا واضح إذا كان لداعي هو شهوة الجماع أو ظن الشفاء، أما إذا كان ادعي هو الحاجة إلى الخدمة فإنه يقتضي التعدد، فحينئذ يروجه قدر ما تقتضيه الحاجة مراعيّاً لمصلحة، وقد أوماً إليه المصنف في التذكرة في نكاح السفیه^(١).

وللأب والجد له ووصي أحدهما - على القول بثبوت ولايته في النكاح - تزويج الصغير بما فوق الواحدة إلى أربع، للنص^(١) والاحتماع على أن للأب والجد له تزويجه وأن نكاحه منوط بالمصلحة لا بالحاجة، وقد توحد المصلحة في الأربع، وإطلاق النصوص صالح لتناول نكاح لأربع، وهو مقرب لتذكرة^(٢).

ويحتمل المصع بما زاد على الوحدة لثلاثا تكثر المؤنة عليه، وضعفه ظاهر، لأن الحكم هنا دائر مع مصلحة

وليس للحاكم ذلك، لأن ولايته إنما تثبت في محل الضرورة اتفاقاً، ولا ضرورة في حال الصغر إلى النكاح.

ولعائل أن يقول: إن حاجة إلى الخدمة قد تدعو إليه على وجه لا يتدفع إلا به، وكأنهم إنما أعرضوا عن ذلك لتدور وقوعه.

ولو كان الصغير محمياً فللأب ومن في حكمه تزويجه واحدة بالمصلحة، وهل يجوز تزويجه أربعاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: - وهو المختار هنا - نعم، لأن تصرفات الأب للصغير منوطة بالمصلحة، وفرض وجودها في المتنازع، ولو لا ذلك لم يجز تزويجه إياه واحدة أيضاً، لتناول إطلاق النصوص - الدالة على ثبوت الولاية للأب والجد له على الصغير المجنون - تزويجه الأربع.

والثاني: لا يجوز ما فوق الواحدة، لثلاث ترم زيادة المؤنة، ولأن الكبير كذلك فالصغير أولى.

ويمكن الفرق: بأن التصرف على الكبير منوط بالضرورة، بخلاف الصغير.

(١) الكافي ٥ ٣٩٥ باب ٥٨، التهذيب ٧: ٣٩٠ حديث ١٥٦٠ - إل - ١٥٦٥

(٢) التذكرة ٢ ٦١٠

فإن التصرف عليه منوط بالمصلحة، وتردد المصنف في التحرير^(١)، ومختار الكتاب قوي،
تمسكاً بظاهر المصوص.

وأما المجنونة فيجوز تزويجها - صغيرة كانت أو كبيرة، بكرة كانت أو ثيباً -
للأب والجد له ثم المحاكم، وليست كالمجنون، لأنها تستفيد من النكاح المهر والنفقة^(٢)،
والمجنون يفرمها، ولا يجوز تزويجها إلا مع وجود المصلحة.

وصرح المصنف في التذكرة بأنه لا فرق بين من سبق بلوغها ورشدها ثم جنت،
وبين المجنونة الصغيرة إذا استمر مجنونتها، في أن الولاية عليها للأب والجد له، ومع
فقدتها فللمحاكم، وحكى عن الشافعي^(٣) وحياً بأن التي تجدد حوسها بعد بلوغها
تكون الولاية عليها للسلطان كالماله ثم رده بمنع الأصل^(٤)، وكذا صرح في
التحرير^(٥) في هذا الباب، والمقول عن شيخنا لشهيد^(٦) من أن الولاية للمحاكم،
وليس ببعيد.

وحكى المصنف^(٧) عن أكثر الأصحاب أن المجنونة الصغيرة لا يزوجه المحاكم
إذا فقد الأب والجد له، لانتفاء حاجتها إلى النكاح في الحال، وعير الأب والجد لا
يملك الاجبار، ولم يرجح شيئاً.

ومختاره هنا المخواز، لأن النكاح بالنسبة إلى الأتني محض مصلحة ولا ضرر فيه،

(١) التحرير ٨٢

(٢) في «ش»: لأنها تستفيد لنفقة والمهر.

(٣) مفتي المحتاج ١٦٩:٣

(٤) تذكرة الفقهاء ٦١٠:٢

(٥) التحرير ٦:٢

(٦) لفظ (الشهيد) لم يرد في «ص».

(٧) لفظ (المصنف) لم يرد في «ش».

والسفيه لا يجبر؛ لأنه بالغ، ولا يستغل؛ لأنه سفيه، لكن يتزوج باذن
 الولي مع الحاجة، ولا يريد على مهر المثل.
 وإذا لم يعين له المرأة لم ينكح على خلاف المصلحة شريفة يستغرق
 مهر مثلها ماله.

والكفو قد لا يتفق بعد البلوغ

وبشكل - بأن يوب ولاته هـ تقتضي نبوت لولاه له على الصعرة العاقله
 بطريق أولى، وولاية الاحبار لا تثبت بغير الأيم والحد، لا انتهاء الدليل، وقد سبق في
 كلامه في المطلب الأول أن الحاكم لا ولاية له على الصعيرين
 ويمكن أن يحمل فوكه قهراً (وكذا الحاكم مع المصلحة) أن ذلك به في لائحة
 المحسنة، فيستفي لتناق بين العبارتين، لأنّه خلاف لظاهر
 ومضى انتهى أمر الولاية إلى الحاكم لم يقتصر إلى مشاوره أقرباء المحسنة، إذا لا
 حتى لهم في الولاية عمداً، وقد عرفت أن المصلحة حينئذ كافيه، فلا سوف على
 الحاجة

قوله: (والسفيه لا يجبر لأنه بالغ، ولا يستغل لأنه سفيه، لكن يتزوج
 بادن الولي مع الحاجة ولا يزيد على مهر المثل، وإذا لم يعين المرأة لم ينكح
 على خلاف لمصلحة شريفة يستغرق مهر مثلها ماله).

لا ريب أن لسفيه لا يحجر على النكاح، لأنه بالغ عاقل، ولا يجوز له
 لاستقلال به، لأنه سفيه وبديرة محجور عليه سرعاً ممنوع من التصرفات المالية،
 فلا بد من إذن الولي، فإذا أدل له بولي لعقد بنفسه لصحة عبارته أو وكل من شاء،
 وإما يجوز للولي الاذن له مع الحاجة قطعاً.

والحاجة إما شهوة النكاح، أو الاحتياج إلى الخدمة على وجه لا يكون المصلحة
 إلا في النكاح، وعلى هذا فهو احتياج، أي أريد من واحدة جاز إنكاحه لزائد مع

ولو تزوج بغير إذن فسد، فإن وطأ وجب مهر المثل على اشكال.

المصلحة على ما ذكرناه سابقاً، وبه صرح في التذكرة^(١).

ومعلوم أنه إذا أدن له الولي في النكاح لا يجوز أن يأذن له فيما زاد على مهر المثل، وقد أسلفنا أنه إذا لم يمين له امرأة ولا مهر لا يجوز له أن ينكح شريعة يستغرق مهر مثلها ماله على خلاف المصلحة، وهذا بناء على حواز اطلاق الاذن من الولي، أما على العدم، فالأذن المطلق لاغ.

وقد يستعاد من قوله: (على خلاف المصلحة) أن المصلحة لو اقتضت نكاح الشريعة المذكورة كما لو كان شريعاً ولم يتفق من تلقى بحاله سواها جان وهو محتمل. قوله: (ولو تزوج بغير إذن فسد، فإن وطأ وجب مهر المثل على اشكال).

قد جمعنا أن المحجر على السفيه وثبوت الولاية عليه لا يكاد يتحصل له معنى، إلا إذا توقف نكاحه - في موضع حاجته إلى النكاح - على إذن الولي، وبدونه يقع العقد فاسداً، وقد بيما مناقاة هذا الكلام السابق وطريق التأليف، فلا حاجة إلى إعادته.

وينبغي أن يراد بالفساد ما لا ينافي وقوعه موقوفاً، إذ ليس هو أسوأ حالاً من عقد الفضولي، فإذا عقد السفیه بدون الاذن ودخل ففي وجوب مهر لمثل إشكال ينشأ:

من أن المقتضي للمنع من نكاحه هو المقتضي من لزوم المهر، فلو أوجبناه بالوطء فأت الفرض، ولأن ذلك يجري مجرى ما إذا تلف المبيع في يد السفیه وقد اشتراه بعد المحجر، فانه يصح على بائنه وإن كان جاهلاً. ومن أن استيفاء منفعة البضع ائلاف، فيضمن قيمته في ماله كسائر المتلفات،

ودلك مهر المثل، ولأن الوطء المحترم لا يحلو من مهر،
واعلم أن لأصحاب في هذه المسألة ثلاثة أقوال،
أ: وجوب مهر المثل، لما قسوا، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١).
ب: لا شيء أصلاً، نعمه الشيخ فيه عن قوم، وقال: إنه قوي^(٢)، لأنها المتلفة
لمفعة بصحتها بتسليم نفسها^(٣)، وفيه نظر، لأن التسليم ليس اتلافاً، وإما المتلف من
استوفى المتفعة
ج: التفصيل بكونها عالمة بالحل ولا مهر لها، وحاهلة فلها مهر المثل، وهو
خيار ابن البراق^(٤) واستعمله المحقق في المختلف^(٥)، ورواد تفصيلاً آخر وهو: جهلها
بالحكم أيضاً، فلو علمت بالسفه وجهلت بالحكم فكأنها جاهلة بالسفه، وهذا أقوى.
ومحتمل أن يقال: إذا كان المسمى مهر المثل فما دون يصح الكاح، لأن إبطاله
حينئذ يعضي لصرر وفوات الحكمة المطلوبة من إبطاله.
وليس بشيء، لأن العقد إذا وقع غير صحيح كيف يصح بالدخول
ويمكن أن يقال: إن الكاح لما كان موقوفاً على إجارة الولي، فالأغبط في هذه
الصورة إجازته، وحينئذ فيصح لكاح ولا يجب مهر المثل وإن كان المسمى زائداً على
مهر المثل، إذا لم تكن الزيادة رائدة على مهر آخر^(٦)، وهذا قوي، ولم أجد به تصريحاً
لأحد ولا احتمال

(١) المبسوط ٤: ٢٩٣

(٢) في المبسوط: أقوى

(٣) المبسوط ٤: ٢٩٣

(٤) المذهب ٢: ٢١٠

(٥) المختلف ٥٥١

(٦) في «من»: المثل

ولو لم يَأْذَن له الولي مع الحاجة أَذِن له لسلطان، فإن عذر ففي صحة استقلاله نظر،

نعم لو لم تكن للسميه حاجة إلى النكاح، فهذا لا بد من القول بلزوم مهر المثل وبطلان العقد.

فرع. لو علم الولي حاجة لسميه إلى النكاح فهل يصح قبوله له من دون إذنه؟ فيه احتمالات، وصرح الشيخ بعدم اشتراط الإذن^(١) قوله: (ولو لم يَأْذَن له الولي مع الحاجة أَذِن له السلطان، فإن عذر ففي صحة استقلاله نظر).

إذا لم يَأْذَن لولي لمسلمة في موضع حاجة وأمكن الوصول إلى الحاكم أسأله وسقط اعتبار الولي، لأن الحاكم هو الولي لعدم عدم الولي الخاص، ومع عذر الإذن من الولي الخاص جرى مجرى معدوم، ولم يعبر في التذكرة^(٢) استئذان السلطان وكذا الشيخ^(٣)، وهو واضح بما على أن الإذن ليس بشرط، أما على اشتراطه فلا، فما هنا أوجه.

فإن عذر الوصول إلى الحاكم، ففي صحة استقلال السمية بالعقد نظر، ينشأ من أن حق لنكاح قد تعين له، فإذا عذر أن يستوفيه بغيره حاز له أن يستوفيه بنفسه، كمن له دين عند غيره فصحه وتعذر الوصول إلى الحاكم، فإنه يستقل بالاستيفاء بغير رضى المدين، ولما فيه من انصرار العظيم المنفي بالآية^(٤) والحديث^(٥).

(١) مبسوط ٤: ١٦٥.

(٢) تذكرة ٢: ٦١١.

(٣) مبسوط ٤: ١٦٦.

(٤) وهي قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ الحج ٧٨.

(٥) وهي قوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار» الكافي ٥: ٢٨٠ حديث ٤ وصحفة ٢٩٤ حديث ٨. انظره

٤٥٣ حديث ١٤٧ و١٤٨، التهذيب ١٤٦٧ حديث ٦٥١ و٧٢٧، مسند أحمد ١: ٣١٣.

ولا يدخل تحت المحر طلاقه ولا طلاق العبد.

ولو طلب الرقيق الكاح لم تجب الاجابة، وأمة المرأة تزوجها سيدتها،
ولا يحل نكاحها من دون دها، سواء المتعة والدائم على رأي.

ومن أنه محذور عليه، فلا يصح تصرفه أصلاً كالمجنون والصبي

والعرق دائم فإن عبرته صحيحة، بخلاف الصبي والمجنون، وصرر التبدير
يندفع بمراعاة مهر المثل ونكاح المرأة الثلاثة بحاله، وهذا أصح^(١)

قوله: (ولا يدخل تحت المحر طلاقه ولا طلاق العبد).

لا ريب أنه لا يدخل تحت المحر طلاق السفيه ولا طلاق العبد، لقوله عليه
السلام «الطلاق يد من أخذ باليساق»^(٢) فينبول كل منها الطلاق بمشئته، ولو كان
السفيه مطلقاً اشترى له جارية

ويجب أن يستثنى من إطلاق المحكم في العبد ما إذا كاتب روحه أمة مولاه،
فإن أمر التفريق بينهما راجع إلى المولى، أما أمة العير والحرة فطلاقها بيده

قوله: (ولو طلب الرقيق الكاح لم تجب الاجابة، وأمة المرأة تزوجها
سيدتها، ولا يحل نكاحها من دون إذنها، سواء المتعة والدائم على رأي).

لا يجب على السيد إكاح رقيقه وإن طلبه، لما في ذلك من الضرر لأن كثيراً
من مطالبه تنعطل وكثيراً من مفاع العبد تعوت، ولزم المولى بسبب ذلك مهر ونفقة،
وذلك ضرر عظيم.

وقال جمع من العامة: يد طلب لعبد النكاح أجبر المولى عليه، وليس بشيء..
ولو خشي الرقيق ضرراً بسبب عدم التزويج وظهرت أمارته، فهل يجب بيعه
أم تزويجه أم لا يجب شيء منها؟ كل محتمل، والاستحباب مع الطلب لا بحث فيه.

(١) في «س»: صرح في استذكره آخر بيان من يحدد سمه يروجه الأنبي والمجدد هم الحاكم

(٢) سنن ابن ماجه ٦٧٢١ حديث ٢٠٨١، سنن البيهقي ٣٦٠٧

وقد قدما أن للسيد إجباره على السكاك، فله أن يتولى القبول وأن يجبره على القبول، ويقع صحيحاً عندما كاحبار حكمه بولي على إنكاح المولى عليه، نعم لو ارتفع قصده أصلاً لم يعتد بالقبول، وبقبل اقرار السيد عن العبد بالإنكاح كاتقرار الأب على ابنته، صرح بذلك في التذكرة^(١).

وكما أن رقيق الرجل لا يروح إلا بإذنه، فكذا رقيق المرأة، سواء العبد والأمة الدائم والمتعة، ذهب إلى ذلك أكثر أصحابنا، لقولهم تعالى: ﴿لَا يَفْعَلُ عَلَى شَيْءٍ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾^(٣) ولأنه تصح في ملك الغير بغير إذنه. وحور النسخ في الهبة^(٤) بأمه المرأة بغير إجازتها، قاتلاً، بأن الأفضل استدائها، احتجاً بما رواه سيف بن عميرة عن علي بن المعيرة في الصحيح، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لرجل يصنع بأمة لمرأة بغير إجازتها قال: «لا بأس به»^(٥).

وهذه رواية سادة مخالفة لأصول المذهب، فإن لنصرف في مال الغير بغير إذنه قبض عفاً منه سرعاً، خصوصاً المرواح التي يطلب فيها كمال الاحتياط، وقد يتعلق بذلك نسل ونحر إلى كثير من الأحكام كالزنا والمحرمية والاقدام على ذلك يصل هذه الرواية - التي أعرض جميع الأصحاب عن العمل بها، حتى أن السبح رجع عن قوله في الهبة إلى الميع^(٦)، مع كثرة الدلائل

(١) تذكرة المعها ٢ ٥٩٠

(٢) النحل ٧٥

(٣) النساء ٢٥

(٤) الهبة ٤٩٠

(٥) تهذيب ٢٥٧٧ حديث ١١١٤

(٦) رجع عن قوله في جواب المسائل الحائريات كما في السرائر ٤-٣

ولا يكفي سكوت البكر في حق أمتها، ويكفي في حقها.

الدالة على المنع - بعيد عن الاحتياط ومحانب لطريقة الورع، والأصح الأول.

قوله: (ولا يكفي سكوت البكر في حق أمتها ويكفي في حقها).

المرق بينهما: أنها تسنحي في نكاح نفسها غالباً دون نكاح أمتها، فاكفي بسكوتها في نكاح نفسها في كونه دون أمتها، فلا بد من التصريح بالاذن، وقد أطبقوا على أن البكر يكفي في إذنها سكوتها.

وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، وإن سكونها إكف»^(١).

ومن طريق الخاصة ما رواه داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام، في رجل يريد أن يزوج أخته، قال «هو أمرها، فإن سكتته فهو إقرارها»^(٢).

وفي حكم البكر من زالت بكارتها بطمرة، أو وثبة، أو سقطة، أو بالاصبع، أو حدة الطمث، أو طول التعيس^(٣)، أو لدودة المساء بالخرقوص على أرجح الوجهين، وهو مقرب بالدكرة^(٤)، لأن حكم الأيكار يرول بمخالطة لرجال ولم يحصل، فهي على غباوتها وحيائها.

أما من زالت بكارتها بالجماع فإنها ثيب، سواء كان الجماع بالعقد أو بالملك أو الشبهة أو الزنا، صغيرة كانت حين الوطء أو كبيرة، لصدق أنها ثيب، ولزوال الحياء بممارسة الرجال.

نعم لو وطأت قبل سن التمييز فزالت بكارتها أمكن القول بأنها كالبكر، وفي

(١) سنن البيهقي ١٢٢، ٧

(٢) من لا يحضره الفقيه ٢٥١٢ حديث ١١٩٦، التهذيب ٣٨٦٧ حديث ٥٥٠، الاستبصار ٢٣٩٣ حديث ٨٥٦.

(٣) غسست الجارية تمس بالهم غسوت وغسوت فهي عرس، وذلك إذا طال مكنتها في مرس أهلها بعد إدراكها حتى خرجت من عداد الأيكار، قد مر المحوري في تصحيح ٩٥٢٢ عرس.

(٤) تدكرة الفمهاء ٥٨٧، ٢

والأقرب استقلال المعتقة في المرض بالتزويج، فإن رجعت أو بعضها رقاً بطل العقد إلا أن يجيز المولى.

الموطئة في الدبر وجهان، واعبر الطو فيها قوي، برؤال الحياء، واختاره في التذكرة^(١).

وهذا إنما [يكون] ^١ حيث لا يكون مع السكوت قربه دالة على عدم الرضا، فانه لا يكون إذناً قطعاً.

ولو ضحك عند استئذان فهو إذن، لأنه أمر من السكوت، ولو هكت ففي كونه إذناً قول لابن البراج^(٢)، واستشكله المصنف في الحلف^(٣).

قوله: (والأقرب استقلال المعتقة في المرض بالتزويج، فإن رجعت أو بعضها رقاً بطل العقد، إلا أن يجيز المولى).

أي لو أعتق المريض أمته حازها أن تستقل بتزويج نفسها وإن كان ثلث التركة لا يفي بقيمتها على الأقرب، لأن العتق الصادر منه صحيح ظاهراً، لأنه عتق صدر من أهله في محله.

إما أنه صدر من أهله فلأنه مالك مستقل بالتصرف، والناس مسلطون على أموالهم، وعموم: (أو فوايا المقود)^(٤) يقتضي نفوذ ظاهراً.

وإما أنه في محله فلأن الفرص أن الأمة قابلة للعتق، ولا مانع منه إلا حق الوارث، وحقه بعد الموت لا قبله.

والمراد من الحجر على المريض فيما راد على لثنت: المانع من نفوذ تصرفه فيه

(١) تذكرة لمقهاء ٢: ٥٨٧

(٢) في «ش» و«ض»: هو، والمثبت من النسخة المحررة وهو الأولى

(٣) المهدب ٢: ١٩٤.

(٤) المختلف: ٥٣٨

(٥) المائدة: ١

ولا ولاية على البالغ الرشيد الحر جماعاً، ولا على البالغة الرشيدة الحرة وإن كانت بكراً على الأصح في المنقطع والدائم.

ظاهراً وباطناً بحيث لا يبقى للوارث عند الموت حق فيها تصرف فيه أصلاً، لا بطلانه في الحال، إذ لا دليل عليه، ولأن تعلق حق الوارث بالأمة عبر معلوم، فانه إنما يكون إذا مات المعتقد في مرضه ذلك، والأصل بقاء حياته.

وعلى تقدير الموت فلا بد من كون الثلث حينئذ أقل من قيمة الأمة، ولا اعتبار بما قبله، وهذا مشكوك فيه، فلا يكون مجرد الإحتيال مانعاً من عود لتصرف الصادر من المالك المستند إلى الدلائل المتتابعة.

فإذا ثبت عود العتق ظاهراً أجبر يمد عليه أحكامه من صحة استقلالها بالنكاح وعمره من التصرفات، وحوار عقد العتق عليها.

ثم إذا رجع - كلها رقاً لظهور دس مسعرون عند الموت، أو بعضها إذا لم يف الثلث بقيمتها - تبيناً بطلان العقد، لأن أن يكون المولى قد أثار عقد الغير عليها قبل موته أو يحجزه الوارث بعد الموت، فانه لا يبطل.

ويحتمل العدم، لأن الاستقلال فرع الحرية بجمعها، وحصولها وعدمه إنما يعلم عند الموت أو البرء من ذلك لمرض، وجهاله الأصل تقتضي جهالة مرضه.

ويصعق بأن فرع الحرية ظاهراً لا باطناً، والمجهول حصوله هو الحرية بحسب الواقع، ومدار الأحكام الشرعية على أمور الظاهرة، فان من اشترى مالا من مالك ظاهراً أو وكيله إنما يحكم بعود البيع ظاهراً، حتى لو تبين أن الملك لغيره أو أن مدعي الوكالة كان كاذباً أو طرأ اعزل الشرعي على وكالته، تبيناً بطلان البيع وجميع التصرفات المترتبة عليه من نكاح وغيره، وما نحن فيه كذلك من غير فرق.

قوله: (ولا ولاية على البالغ الرشيد الحر إجماعاً، ولا على البالغة الرشيدة الحرة - وإن كانت بكراً على الأصح - في المنقطع والدائم،

ولو زوجها أبوها أو جدها وقف على إجارتها كالأجنبي، لكن يستحب لها أن لا تستقل بالكساح، وأن توكل إحاها مع عدمها، وأن تخلد إلى أكبر الاحوة، وأن تتخير خيرته لو اختلفوا

ولو زوجها أبوها أو جدها وقف على إحارتها كالأجنبي، لكن يستحب لها أن لا تستقل بالكساح، وأن توكل إحاها مع عدمها، وأن تخلد إلى أكبر الاحوة، وأن تتخير خيرته لو اختلفوا.

أجمع علماء الاسلام على أن الحر الباع الرشيق لا ولاية لأحد عليه في كساح ولا غيره، كما أجمعوا على ثبوت ولاية على الصغيرة والبالغ غير الكامل وكذا الصغيرة والمحسنة، واختلف أصحابنا في ثبوت ولاية على البكر^(١) البالغة الرشيدة على أموال حمسه - بعد اتفاقهم على سقوطها عن الثيب البالغة لرشده، إلا المحسن^(٢) -

أ. هي الولاية عنها في الدم والمنقطع، اختاره المفيد في أحكام النساء^(٣) وابن الجبيل^(٤) والمرتعبي^(٥) وسائر^(٦) والمصنف وأكثر المتأخرين^(٧)، وهو الأصح لنا ظاهر قوله تعالى ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾^(٨) جعل النكاح إليها، وهو على إطلاقه شامل للمدحول بها وغيرها، كذا احتج المصنف. وفيه نظر، لأن المطلقة ثلاثاً مرتبة لا يكون إلا مدخولاً بها، إلا أن يقال.

(١) ما بين المعوقين لم يرد في «س» و«ص» ونشاء من نسجه لحرية، لا حلال المصن يدونه

(٢) فإنه قال بثبوت الولاية عليها، أنظر المصن لا من فداة ٣٨٥٧

(٣) أحكام النساء، ص ٢٠٠ رسائل الشيخ المفيد ٢٠

(٤) بقوله عنه العلامة في المختلف، ٥٣٤

(٥) لا نصار ١٢٢ المسائل لموصيه ص ٢٠٠ شريف المرعبي المجموعة الأولى ٢٣٥

(٦) لمراسم: ١٤٨

(٧) منهم محر المحققين في الإيضاح ٢١٤، والشهيد في اللعة: ١٨٤

(٨) بقره ٢٣٠

.....

الدخول قد يكون بالوطء في الدبر، وهو غير مباح لبقاء البكارة
وما روي أن فتاة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: إن أبي روجني
من ابن أخ له ليرقع خسيسته وأما له كارهه، فقال «اجيري ما صنع أبوك» فقالت:
لا رغبة لي فيها صنع أبي، قال «ودهبي فانكحي من شئت» فقالت «لا رغبة لي عما
صنع أبي، وإنما أردت أن أعلم لساء أن ليس للآباء في أمور بناتهم شيء»^(١)
وما رواه في الحسن الفضيل بن يسار ومحمد بن مسلم و زرارة و يزيد بن معاوية
عن الباقر عليه السلام قال «المرأة التي ملكت نفسها غير العبيدة ولا المولى عليها
أن تزوجها بفبر ولي جائز»^(٢)
قيل: لا دلالة فيها، لأنه إن ادعى خروج الكرم من المولى عليها فهو المسارع،
والألم بقدر.

قلنا: إن المتبادر أن قوله المرأة مبتدأ وقوله غير المولى عليها خبره، والمراد
بالمولى عليها من ثبتت الولاية عليها في المال، هذا هو المتبادر من اللفظ، ولا شك أن
ذلك لا يشمل البكر التي لا حجر عليها في مالها

وما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «إذا كانت المرأة ما يملكها أمرها تباع
وتشتري وتعق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز»^(٣).
أورد عليه: عدم ما يدل على إدراج البكر في قوله مالكة أمرها.
وجوابه: أن المتبادر من قوله تباع وتشتري إلى آخره تفسير المالكة أمرها.
وما رواه منصور بن حازم في صحيحه عن الصادق عليه السلام قال: «تستأمر

(١) سنن ابن ماجه ٦٠٢١ حديث ١٨٧٤، سنن البيهقي ١١٨٧.

(٢) الكافي ٢٩١٥ حديث ١، العقيه ٢٥١٣ حديث ١١٩٧، تهذيب ٣٧٧٧ حديث ١٥٢٥، الاستبصار ٨٢٧.
٢٣٢٠٣ حديث ٨٢٧.

(٣) التهذيب ٢٧٨٠٧ حديث ١٥٣٠، الاستبصار ٢٣٤٣ حديث ٨٤٢.

البكر وغيرها ولا تنكح إلا بأمرها»^(١).
وهذه لا تنفي التشريك، لكنه منتف بالأصل
وما رواه سعدان بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «لا بأس
بترويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها»^(٢).
ب: قول الشيخ في النهاية أن الولاية عليها للأب والجدة دونها^(٣)، وهو اختيار
ابن بابويه^(٤) وابن أبي عقيل^(٥) وابن المبرج^(٦).
لما رواه ابن أبي يعفور في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «لا تزوج
ذات الأباء من الأبنكار إلا بأمر أبيها»^(٧).
ولروايه إبراهيم بن ميمون عن الصادق عليه السلام: «إذا كانت الجارية بين
أبويها وليس لها مع أبويها أمر، وإذا كانت قد تزوجت لم يزوجهما إلا برضا مهاب»^(٨).
ولصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليها لسلام قال: «لا تستأمر الجارية
إذا كانت بين أبويها، ليس لها مع الأب أمر، وقد يستأمرها كل أحد ما عدا الأب»^(٩).

(١) التهذيب ٢٨٠٧ حديث ١٥٣٥.

(٢) التهذيب ٢٨٠٧ حديث ١٥٣٨، الاستبصار ٢٣٦٠٣ حديث ٨٥٠.

(٣) النهاية: ٤٦٥، وفي «ص» ذكر أن هذا القول ليس في نسخة، وهو خطأ، لأن الشيخ في المبسوط ١٦٢٤ ذهب إلى أن المرأة الحرة إذا بلغت رشيدة ملكت عقد النكاح.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٢٥٠٣.

(٥) المختلف: ٥٣٤.

(٦) المهذب ١٩٣٠٢ - ١٩٥.

(٧) الكافي ٣٩٣٠٥ حديث ١، معجم ٢٥٠٣ حديث ١١٩٠، التهذيب ٢٧٩٧ حديث ١٥٣٦، وفي هذه المصادر: «لا تزوج ذوات الأباء من الأبنكار إلا بأمر أبيها» لا في الفقيه «لا تنكح ذواتهم».

(٨) التهذيب ٢٨٠٧ حديث ١٥٣٦، الاستبصار ٢٣٥٣ حديث ٨٤٨.

(٩) الكافي ٣٩٣٠٥ حديث ٢، التهذيب ٢٨٠٧ حديث ١٥٣٧، الاستبصار ٢٣٥٣ حديث ٨٤٩.

وفي هذه دلالة على أنها غير صغيرة، وفيها ما يعني القول بانفرادها والتشريك بينها وبين الأب، ولأن الحكمة تقتضي ذلك، فإن البكر لا معرفة لها بأحوال الرجال، فلو لم يجعل أمرها منوطاً بنظر الأب لم يؤمن أن ترتكب ما يترتب عليه فساد وضرر وأحسب بحمل الروايات على كراهية التمرد وأولوية استئذان الأب جمعاً بين الأدلة، والتعليل الأخير ضعيف، لأن لرشيدة تستعلم أحوال الزوج بالتفحص عنه، كما تستعلم طرق المصلحة في التصرف في الأموال.

ج: التشريك بينها وبين الأب، فليس لأحدهما الاستقلال بالمعد، وبه قال لمعيد في المقعة^(١) وأبو الصلاح^(٢) لأنه زاد لتشريك بينها وبين الحد والحجة مرفقة صموان قال استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته لابن أخيه فقال «فعل ويكون ذلك برضاها، لأن لها في نفسها نصيباً» قال واستشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته علي ابن جعفر قال: «افعل ويكون ذلك برضاها، فإن لها في نفسها حظاً»^(٣) وجوابه: أن قوله عليه السلام «لها في نفسها نصيباً» لا يدل على أن للأب معها ولاية بمنطوق اللفظ، بل بمفهومه، ودلالة لمفهوم صميعة، فيكف تعارض دلالة المنطوق؟ فتحمل على الأولوية دفعا للنسائي.

د: إحاظة تمرداها بالمتعة دون لدوام، وختاره الشيخ في كتابي لأخبار^(٤) جمعاً بين الأدلة

وجوابه: أن بقاء الحجر على بكر إنا يكون لنقص رأيها، فلا يفرق فيه بين

(١) المقعة ٧٨

(٢) الكافي في الفقه: ٢٩٢

(٣) التهذيب ٢٧٩٧ حديث ١٥٣٤

(٤) التهذيب ٢٨٠٧ - ٢٨١، الاستبصار ٢٣٦٣

ولو عضلها الولي - وهو أن لا يزوجها بالاكفاء مع رغبتها - استقلت
اجماعاً.

الدائم والمتعة، وكذا عدمه، فالحمل على الأبوية أولى، بل موقع الضرر والفضيحة في
المتعة أشد.

هـ: عكسه، وهو قول محكي لا يعرف قائله، وقد يحتج له بالجمع بين الأدلة،
وضعفه معلوم مما قبله.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه على القول بسلب الولاية عن الحرة البالغة
الرشيدة يستحب لها أن لا تستقل بالنكاح من نفسها، لأنها أبصر بها بأحوال
الرجال، ولما فيه من أمن حصول ما لا ينبغي، فإن لم يكن لها أب ولا جد استحب لها
أن توكل أخاها، وأن تعول على رأي أخيها الأكبر، ثم تعدت الأخوة، لما سيأتي إن
شاء الله تعالى من الرواية المتضمنة لتقديم عقد الأخ الأكبر^(١).

وكذا يستحب لها أن تحلد إلى أكبر الأخوة - أي تركز إليه وتصب إلى رأيه،
والحلد محرّكاً: القلب - وأن تتخير حيرته لو اختلفوا.
قوله: (ولو عضلها الولي - وهو: أن لا يزوجها بالأكفاء مع رغبتها -
استقلت اجماعاً).

العضل هو: المنع، والمراد هنا: منعها من التزويج بكفها إذا طلبت ذلك ورغب
كل واحد منها في صاحبه، والمحدث عنه هو البالغة الرشيدة، والاجماع على استقلالها
حينئذ من جميع^(٢) علمائنا، وفيه اعتراف بأن لها أهلية تولي النكاح، والعامة يجعلون
الولاية حينئذ إلى الحاكم^(٣).

واعلم: أنه لا فرق في تحقق العضل - إذا منع لولي تزويجها من الكف - بين

(١) التهذيب ٢٨٧-٧ حديث ١٥٥٣، الاستبصار ٢٣٩:٣ حديث ٨٥٨.

(٢) لفظ جمع لم يرد في «شر».

(٣) المجموع ١٨٥، ١٦ و ١٨٦ المعنى لا بين قدماء ٣٦٨٧.

المطلب الرابع: الكفاءة معتبرة في النكاح، فليس للمرأة ولا للولي التزويج بغير كفه.

والمراد بها التساوي في الاسلام والايمان، فلا يصح تزويج المسلمة المؤمنة إلا بمثلها.

ويجوز للمؤمن أن يتزوج بمن شاء من المسلمات،

أن يكون النكاح بمهر المثل أولاً، نعم لو منع من غير الكفه لم يكن عضلاً.
قوله: (المطلب الرابع) الكفاءة معتبرة في النكاح، فليس للمرأة ولا للولي التزويج بغير كفه، والمراد بها التساوي في الاسلام والايمان، فلا يصح تزويج المسلمة المؤمنة إلا بمثلها، ويجوز للمؤمن أن يتزوج بمن شاء من المسلمات).

الكفه على وزن فعيل: الظن وكذلك الكفه على وزن فعل والكهوء على وزن فعول، والمصدر الكفاءة بالمفتح والمد.

ولا خلاف بين أهل^(١) الاسلام في اعتبار الكفاءة في النكاح، لكنهم اختلفوا في تفسيرها، فذهب جمع من علمائنا إلى أنها عبارة عن الايمان والتمكن من النفقة، واقتصر بعضهم على الأول، وبعضهم لم يعتبر الايمان بل اکتفى بالاسلام عنه، فحصل ثلاثة أقوال:

أ: اعتبار الأمرين معاً، احتاره الشيخ في المبسوط^(٢) والمصنف في التذكرة^(٣)، لقول الصادق عليه السلام: «الكفه أن يكون عميقاً عنده يساره»^(٤)

(١) في وص: علماء.

(٢) المبسوط: ١٧٨.٤

(٣) التذكرة: ٦٠٣.٧

(٤) الكافي ٣٤٧.٥ حديث ١.

ب الاكفاء بالايان، اختاره جمع من لأصحاب و لمصنف هذا لقوله تعالى ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾^١

ولما روي عن لصادق عليه سلام قال «إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَمْ يَبْرِكْ شَيْئاً مِمَّا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ إِلَّا عَلَّمَهُ نَبِيَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلَهُ، فَكَانَ مِنْ تَعْلِيمِهِ إِيَّاهُ أَنْ صَعِدَ لِمَرَدَاتٍ يَوْمَ مُحَمَّدٍ اللَّهُ وَاتَّسَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ:

أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ جِبْرِئِيلَ أَنَا بِي مِنَ الْبَلَطَفَةِ الْخَبِيرِ فَقَالَ: إِنَّ الْأَهْكَارَ مَمْرَلَهُ اسْمَرُ عَلَى الشَّجَرِ إِذَا أَدْرَكَ ثَمَارَهُ فَلَمْ يَحْجِمْ أَفْسَدَتْهُ سَحَابُ وَهَرَبَهُ الرِّيحُ، وَكَذَلِكَ لِأَهْكَارِ إِذَا أَدْرَكَ مَا يَبْرِكُ السَّاءُ، فَلَيْسَ لَهُ نَوَاحٍ إِلَّا الْبَعُولَةُ، وَإِلَّا لَمْ يُؤْمَرْ عَلَيْهِمْ لِفَسَادِ الْأَهْنِ بَشَرٍ.

قال مقام إليه رجع فقال يا رسول الله من يروح؟ قال الاكفاء، قال يا رسول الله من الاكفاء؟ فقال، المؤمنون بعضهم أكفاء بعض^٢»

ح الاكفاء بالاسلام، احصاه المفيد^٣ والمحقق^٤ بن سعيد^٥، إما لأن لا يمان هو الاسلام، أو لعدم الدليل الدال على اشترط الايمان، أما اشتراط الاسلام فانه ثابت بالاجماع.

والأكثر على حله، لمعهم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلَهُ «إِذَا جَاءَكُمْ مِنْ تَرْصُورٍ خَلَقَهُ وَدِينَهُ فَرَوْجُوهُ، إِلَّا تَعْلُوهُ تَكُنْ هُنَا فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ»، ولما مر من قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلَهُ فِي بَيَانِ الْكُفَاءِ «يُؤْمِنُونَ بِعَصَمِ كُفَاءِ بَعْضٍ» فلا يكون غير

(١) منهم الشيخ في النهاية ٤٦٣، وابن الجراح في التهدب ١٧٩ ٢، وابن حجر في الوسيلة ٣٤٠، وابن ادريس في السرائر ٢٩٥

(٢) لور ٣٢

(٣) لكان ٣٣٧٥ حديث ٢

(٤) انصبة ٧٨

(٥) سرائر ٢٩٩ ٢

المؤمن كفتاً للمؤمنة، وإلا لرم تأخير اليان عن وقت الحاجة، ولأن المرأة تأخذ من دين بعملها، فلا يؤمن على المؤمنة أن يخذعها لمخالف، لأن النساء ناقصات عقل ودين. فان قيل: فعلى هذا إذا أمن على المرأة استغناها لقوة دينها وعشيرتها مثلاً جاز، كما يجوز للرجل المؤمن نكاح المخالفة، ويؤيده أن التحريم في المرأة لو كان بمجرد الخلاف لاستوى فيه الرجل والمرأة كالكفر.

قلنا: الحديث دال على أن المخالف ليس كفتاً للمؤمنة، ولا دلالة فيه على المنع من جانب الرجل، فيتمسك فيه بالأصل، والمرأة مظنة الفتنة وإن كانت قوية الدين، والأحوال لا تضبط، فلا يرد من جسم المادة وسد الباب.

ولا يجب مساواة المخالف في الدين للمكفر من جميع الوجوه مع قيام الدليل على خلافه، فان الاجماع على الجواز في الرجل، وهذا في غير الناصب فانه كافر. قال الصادق عليه السلام: «تزوجوا في الشكاك ولا تزوجوهم، لأن المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه»^(١).

وفي الصحيح عن الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام قال قال له الفضيل: أروج الناصب؟ قال: «لا ولا كرامة» الحديث^(٢).

وعنه قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لامرأتي أختاً عارفة على رأيها وليس على رأيها بالبصرة إلا قليل، فأزوجها ممن لا يرى رأيها؟ قال: «لا ولا نعمة إن الله عز وجل يقول: ﴿فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هنّ حلّ لهم ولا هم يحلونّ هنّ﴾»^(٣).

(١) الكافي ٣٤٨: ٥ حديث ١، المعية ٢٥٨: ٣ حديث ١٢٢٦، التهذيب ٣٠٤: ٧ حديث ١٢٦٦، الاستبصار ١٨٤: ٣ حديث ٦٧٠.

(٢) الكافي ٣٤٨: ٥ حديث ٤، وفيه قال به الفضيل - أروج الناصب؟ قال: «لا ولا كرامة».

(٣) الكافي ٣٤٩: ٥ حديث ٦، سورة الممتحنة ١٠.

وليس له أن يتزوج بكافرة حربية اجماعاً، وفي الكتابية خلاف، اقربه جواز المتعة خاصة.

وفي صحيحة عداقة بن سنان عن الصادق عليه السلام: النهي عن تزويج الناصب المؤمنة والمستضعفة المؤمنة^(١).

وعن الصادق عليه السلام «إن العرفة لا توصع إلا عند العارف»^(٢).
والأصح اشتراط الايمان في تزويج المؤمنة وشتراط التمكن من النفقة في وجوب الاحابة على الولي - لأن لصدر على الفقر ضرر عظيم - لا في الحواز لأن المال عاد ورائح، وليس يحط نظر أهل المروءة ويدي النصائر.
قوله: (وليس له أن يتزوج بكافرة حربية اجماعاً، وفي الكتابية خلاف، اقربه جواز المتعة خاصة).

احلف الأصحاب في حواز نكاح المسلم الكافرة على أقوال ستة:
أ. التحريم بجميع أسواع نكاحهن - اخناره المرتضى^(٣) والشيخ في أحد قوله^(٤)، وهو أحد قولي المفيد^(٥)، وهواه ابن دريس^(٦) - لوجوه.
ب. قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾^(٧) وجه الاستدلال به عمومه لجميع أهل الكفر، وهو ظاهر في غير أهل الكتاب، وأما أهل الكتاب فيدل على كونهم مشركين قوله تعالى: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرُ ابْنِ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَىٰ

(١) الكافي ٢٤٩ ٥ حديث ٨، تهذيب ٣٠٢٧ حديث ١٢٦١

(٢) الكافي ٢٥٠ ٥ حديث ١١

(٣) لا تنصير ١١٧

(٤) تفسير البيان ٢١٧ ٢

(٥) النسخة ٧٦

(٦) السرائر ١٩١ و ٣١١

(٧) البقرة: ٢٢١

المسيح ابن الله ﴿إلى قوله سبحانه﴾ ﴿عما يشركون﴾^(١) سبهم مشركين، وقال سبحانه: ﴿اتخذوا أحيارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله والمسيح بن مريم﴾^(٢)
 ب. قوله تعالى ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾^(٣) وبين الزوجين عصمه،
 ويدخل النكاح تحت النهي.
 ج. قوله تعالى. ﴿لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة﴾^(٤) ومعنى
 الاستواء للعموم، فيعم جميع الأحكام لقوله ﴿كلها حل التناكح﴾
 د. النكاح ينصص لمواودة، ومواودة من عباد الله محرمة، فكذا نكاحه.
 هـ: رواه الحسن بن عهم عن الرصد عنه السلام^(٥) تفيض أن قوله تعالى.
 ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾^(٦) نسخ قوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا﴾
 الكتاب^(٧) ورواه زرارة بن أعين عن الباقر عليه السلام^(٨) صريحة في ذلك.
 ب: حوازمعة اليهود والنصارى احتباً والدوام اضطراباً، وهو احتبار الشيخ
 في النهاية^(٩) وابن حمزة^(١٠) وابن البراج^(١١).

(١) التوبة ٣٠

(٢) التوبة ٣١

(٣) الممتحنة ١٠

(٤) الحشر ٢٠

(٥) الكافي ٣٥٧٥ حديث ٦، تهذيب ٢٩٧٧ حديث ١٢٤٣، الاستبصار ١٧٨٣ حديث ٦٤٧

(٦) البقرة ٢٢٩

(٧) المائدة ٥

(٨) الكافي ٣٥٨٥ حديث ٨، تهذيب ٢٩٨٧ حديث ١٢٤٥، الاستبصار ١٧٩٣ حديث ٦٤٩

(٩) النهاية ٤٥٧

(١٠) الوسيط ٣٤٠

(١١) التهذيب ١٨٧٢

ج. عدم جوار العقد بحال وجواز منك اليمين، وهو أحد قولي....^(١)
 د: جوار لمنعة ومنك اليمين باليهودية والنصرانية وتحريم الدوام، وهو اختيار
 أبي الصلاح^(٢) وسالار^(٣) وأكثر المتأخرين^(٤).
 هـ: تحريم نكاحهن مطلقاً اختياراً وتجويزه مطلقاً اضطراراً وتجويز الوطء بملك
 اليمين، وهو اختيار ابن الحنبل^(٥).
 و. التحوير مطلقاً، وهو اختيار ابن أبي عقيل^(٦) وابن باهويه^(٧)، لقوله تعالى:
 ﴿وَالْمَحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾^(٨) وقوله تعالى: ﴿وَاحِلٌ لَكُمْ
 مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٩).
 ولروايه أبي مريم الأنصاري عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن طعام أهل
 لكتاب ونكاحهم؟ فقال «نعم قد كانت تحت طلحة يهودية»^(١٠)
 وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن نكاح اليهودية

(١) العبارة ناقصة كي ترى. ونظائر أن نسخة الأصبة كانت هكذا وهو أحد قولي دد، صحتف النسخ
 أحد لدليل لتصورهم ريبهم، ولم يعلم أن أحد الدالين شارة إلى المفيد والآخرى شارة إلى
 المرفوع. ويؤيده أيضاً أن هذا هو القول الذي يسميه في المقتبة ٧٨ في باب عقد الامه، والقول الاول
 به قد مر في مرقع^(١)

(٢) لكافي في الامه ٢٢٩ - ٣٠٠

(٣) تراجم ١٤٨

(٤) مبهم المحقق في سريح ٢٩٤٣، ولشبهه في لمعة ١٩١، وغيرها

(٥) المحتطب ٥٣٠، يصاح ابهواند ٢٦٣

(٦) مصدر السابق

(٧) المصدر السابق

(٨) امائدة ٥

(٩) ساء ٢٤

(١٠) التهذيب ٢٩٨٠٧ حديث ١٢٤٦، الاستبصار ١٧٩٣ حديث ٦٥٠

والنصرانية؟ قال: «لا بأس به، أما علمت أنه كان تحت طلحة بن عبد الله يهودية على عهد النبي صلى الله عليه وآله»^(١).

وفي الصحيح عن معاوية بن وهب وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام، في الرجل المؤمن يتزوج اليهودية والنصرانية، قال: «إذا أصاب المسلمة فما يصنع باليهودية والنصرانية» فقلت له: «يكون له فيها الهوى، فقال: «إن فعل فليمنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير وأعلم أن عليه في دينه غصاصة»^(٢).

قال المصنف في المختلف: وهذه الحديث من أصحاح الأحاديث الواصلة إلينا في هذا الباب^(٣).

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن الدلائل من الطرفين عامة، وليس فيها ما يدل على تحريم نكاح محصور أو حله، فطريق الجمع بينهما بالحمل على تحريم بعض الأنكحة وحل بعض.

ولا ريب أن حمل دلائل الحل على الدوام والباقي على المتعة حمل غير جيد، لأن في الأخبار إيماء إلى أن ارتكاب نكاح لكافرة لا يكون إلا في محل الحاجة، والنكاح المعد لدفع الحاجة هو نكاح امتعة دور الدوام، لأنه النكاح المطلوب للسنة والحصول النسل، وهو المتصبر للمراودة، وأيضاً فإن نكاح المتعة في معنى ملك اليمين، فهو أولى بأن يحمل دلائل الحل عليه.

وهذا أصح وأقرب من الحمل على محل لصورة بالسببة إلى الدوام، على أن رواية معاوية بن وهب تأبى هذا الحمل، فإنها ظاهرة في جواز قطعه اختياراً، وقوله تعالى

(١) التهذيب ٢٩٨: ٧ حديث ١٢٤٧، الاستبصار ١٧٩: ٣ حديث ٦٥١.

(٢) الكافي ٣٥٦: ٥ حديث ١، التهذيب ٢٩٨: ٧ حديث ١٢٤٨، الاستبصار ١٧٩: ٣ حديث ٦٥٢.

(٣) المختلف: ٥٣٦.

وله استصحاب عقدهن دون الحريات، والمجوسية كتابية.
ولا يتزوج بالناصبية المعلنة بعداوة أهل البيت عليهم السلام.
ويستحب للمؤمن أن يتزوج بمثله، وللحر أن يتزوج بالأمة، وللحرة
أن تتزوج بالعبد، وكذا شريفة النسب بالأدون كالأشمية والعلوية بغيرهما،

في الآية السابقة: ﴿إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾^(١) فيه إيحاء إلى المتعة.

قوله: (وله استصحاب عقدهن دون الحريات).

أي: للمسلم استصحاب عقد الكتابيات من الكفر إلى الإسلام، فإذا أسلم
زوج الكتابية بقي نكاحها اجماعاً، بخلاف الحريات، فإن نكاحهن يتفسخ إذا كان
الإسلام قبل الدخول، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة
قوله: (والمجوسية كتابية).

لقوله عليه السلام: «سُئِلُوا بِهِمْ سُنَّةُ أَهْلِ الْكِتَابِ» وفيه إيحاء إلى أنهم ليسوا
أهل كتاب.

قوله: (ولا يتزوج بالناصبية المعلنة بعداوة أهل البيت عليهم
السلام).

لأنها كافرة، والناصب شرٌّ من اليهودي والنصراني على ما روي في أخبار أهل
البيت عليهم السلام، ولا خلاف في ذلك عندنا، سواء المتعة والدوام.
قوله: (ويستحب للمؤمن أن يتزوج بمثله).

ويكره بالمخالفة غير الناصبية، فإن المؤمنة أعون على الدين وولدها أخرى
بأن يكونوا مؤمنين

قوله: (وللحر أن يتزوج بالأمة، وللحرة أن تتزوج بالعبد، وكذا
شريفة النسب بالأدون، كالأشمية والعلوية بغيرهما والعربية بالعجمي

والعربية بالعجمي، وبالعكس، وكذا أرباب الصنائع الدنيئة بالأشراف.

وبالعكس، وكذا أرباب الصنائع الدنيئة بالأشراف).

قد قدمنا أن الكفاءة منحصرة في الايمان إذا كانت الزوجة مؤمنة، وإن كانت مسلمة اكتفي بالاسلام، ولا يعتبر أمر آخر سوى ذلك.

فللحر أن يتزوج بالأمة اختياراً عند المصنف^(١) وقوم^(٢)، واضطراً عند آخرين^(٣)، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

وللحر أن تتزوج بالعبد، وكذا من كانت شريفة النسب كالهاشمية والعلوية، وكالمنتسبة إلى العلماء وإلى الصلاح والتقوى ممن ليس كذلك، وكذا العربية بالعجمي كعكسه، وكذا من كانت من أرباب الصنائع الشريفة ممن ليس كذلك، لما قدمناه. واعتبر الشافعي في الكفاءة ستة أمور: الحرية، والدين، والنسب، واللسان، والحرفة، والخلو من العيوب الأربع^(٤).

وقد روي عنه عليه السلام أنه قال: «إِنَّ الله تعالى اختار العرب من سائر الأمم، واختار من العرب قريشاً، واختار من قريش بني هاشم وبني المطلب»^(٥). ولا دلالة في هذا على اعتبار لكفاءة في النسب.

وروي الأصحاب عن الصادق عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله روج ضبيعة بنت الزبير بن عبد المطلب من معاذ بن الأسود، فتكلمت في ذلك بنو هاشم، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: «إِنَّمَا أُردتُ أَنْ تَضَعَ الماكح»^(٦).

(١) هنا وفي المختلف ٥٦٥.

(٢) منهم الشيخ في النهاية ٤٧٦، وابن حمزة في الوسيلة ٣٥٧، وغيرهما.

(٣) منهم ابن الجنييد، وابن أبي عقيل كما عينا في المختلف ٥٦٥، وغيرهما.

(٤) أنظر المجموع ١٦ ١٨٢، لوجيز ٨٠٢، نسى لا ير مدحه ٢٧٤٧.

(٥) أنظر سنن أبيهفي ١٣٤٧، كثر لعل ١١ ٤٥٠، حديث ٣٢١١٩ و ٣٢١٢٠، بخلاف.

(٦) لنهديث ٣٩٥٧ حديث ١٥٨١.

وهل التمكن من النفقة شرط؟ قيل: نعم، والأقرب العدم.
ولو تجدد عجزه عنها فالأقرب عدم التسلط على الفسخ.

قوله: (وهل التمكن من النفقة شرط؟ قيل: نعم، والأقرب العدم).
القول المحكي للشيخ في المبسوط^(١)، والأكثر على خلافه^(٢)، وقوله تعالى: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾^(٣) صريح في الجواز، وقد تقدم تحقيق ذلك وأن الأصح عدم الاشتراط، فإن قلنا به فالمراد كونه ما يكاها بالفعل أو بالقوة القريبة منه، بأن يكون قادراً على محصيلها عادةً بشجارة وغيرها.

قوله: (ولو تجدد عجزه عنها فالأقرب عدم التسلط على الفسخ).
وجه القرب أن الكاح عقد لازم وقد انعقد على اللزوم، وثبوت العجز بتجدد الاعسار عن النفقة خلاف الأصل، فيوقف على الدليل موقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾^(٤) وهذا هو المشهور بين الأصحاب، وبه قال ابن حمزة^(٥) وابن ادريس^(٦).

وقال ابن الجنيد لها الخيار^(٧)، ونقل المحقق نجم الدين عن بعض علمائنا أن الحاكم يبينها^(٨)، ووجهه قوله تعالى: ﴿فامسك بمرؤف أو تسريح

(١) المبسوط ٤: ١٧٨.

(٢) منهم ابن الجبيل كما عه في ابصاح لموند ٢٣٣ والشيخ في النهاية ٤٦٣، وابن البراج في المهذب ١٧٩، ٢، ومهر المحققين في ابصاح ٢٣٣.

(٣) أنور: ٣٧.

(٤) البقرة: ٢٨٠.

(٥) الوسيلة: ٣٣٤.

(٦) لسائر: ٣٠٤.

(٧) المختلف: ٥٨٧.

(٨) قال في الشرائع ٣٠٠: ٢ ولو تجدد عجز الزوج عن نفقة هل تسلط على الفسخ؟ فيه روايتان، أشهرها أنه ليس لها ذلك انتهى، وهو كما يرى لا يؤمن ما نقله عنه المحقق هـ، وليس في بقية كتبه هذا القول، إلا أن يقال إن المصنف استبعد من قوله فيه روايتان أن لرويه الثابتة هي أن الحاكم يبينها لا

ولو خطب المؤمن القادر وجبت إجابته وإن كان أخفض نسباً، ولو

بإحسان^(١) والامساك مع تعدد الابق خلاف المعروف وروى ربي والفضيل^(٢) بن يسار جميعاً عن الصادق عليه السلام قال: «إن أنفق عليها ما يقيم حياتها مع كسوة ولا قرى بيها»^(٣).

وكل ذلك ضعيف، فإن كون الامساك مع الاعسار امساكاً بغير المعروف لا دليل عليه، ولو سلم فلا دلالة له على التسلط على فسخ النكاح بخصوصه، وكذا الرواية، مع المعارضة بما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام، أن امرأة استعذت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً، فأبى أمير المؤمنين عليه السلام أن يجيبه، وقال: «إن مع المعسر يسراً»^(٤).

فإن قيل، لا دلالة في هذه لأن الجبس لا يجب قطعاً، وإياها المتنازع فيه هو الفسخ، وهو لا يدل على نفيه.

قلنا: لو كان لها الفسخ لعرفها عليه السلام ذلك، ليدفع عنها الضرر الذي استعذت لأجله، والقول بالفسخ ضعيف.

واعلم أن الشارح الفاضل قل: إنه على القول بأن اليسار بالنفقة شرط في العقد تتسلط المرأة على الفسخ بتعدد الاعسار^(٥)، وهذا غير واضح، بل هو محتمل، لأن الذي يمنع لزوم العقد ابتداءً لا يجب ثبوت خيار بتجده.

قوله: (ولو خطب المؤمن القادر وجبت إجابته وإن كان أخفض نسباً،

→ أما تتسلط على فسخ العقد، والله العالم

(١) البقرة: ٢٢٩

(٢) في «ص» و«ش». وانفصل، والصحيح ما أثبتناه وهو الموجود في مصادر الحديث.

(٣) العنقه ٢٧٩٣ حديث ١٢٣٦ التهذيب ٤٦٢٧ حديث ١٨٥٣، ورواه الكليني في الكافي ٥١٢٠٥

حديث ٧ بسند آخر

(٤) سورة الانشراح، ٦، التهذيب ٤٥٤٧ حديث ١٨١٧

(٥) إيضاح العوائد ٢٤٣.

امتنع الولي كان عاصياً، إلا للعدول إلى الأعلى.

ولو امتنع الولي كان عاصياً، إلا للعدول إلى الأعلى).

إذا خطب المؤس القاصر على التفقة - والمرأة بالغ تريد التزويج - وجبت الاجابة على الولي قطعاً وحرم المنع، وهذا إما يتأتى على القول بأن للأب والجد ولاية على البكر البالغ الرشيدة.

وكذا إذا دعت حاجة المرأة إلى ذلك، لوجوب القيام بمقتضى حاجة المولى عليه إذا أمكن.

ومنى امتنع الولي في الموضعين المذكورين كان عاصياً، ولا أثر لكون المخاطب أخفض نسباً، لما روي عنه عليه السلام: «إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجه»^(١).

ولو أراد الولي العدول إلى لأعلى من المخاطب لم يكن عاصياً بالتأخير، لظهور المصلحة في ذلك، نعم لو كان للمرأة ضرورة لم يحرم التأخير.

وعلى القول بأن البكر البالغ الرشيدة لا ولاية لأحد عليها، فالنكاح منوط باختيارها، وأثر منع الولي على هذا القول سقوط اعتباره إجماعاً.

ولو كانت البنت صغيرة فخطبها الكفء القادر وكان في النكاح غبطة، ففي وجوب الاجابة على الولي وجهان:

أحدهما: الوجوب، كما يجب بيع مال الطفل إذا طلب بزيادة، ولأن الكفء قد يتمتع حصوله بعد ذلك، فيترتب على التأخير فساد، ولقول النبي صلى الله عليه وآله لعلي عليه السلام: «لا تؤخر أربعاً» وعدّها منها تزويج لبكر إذا وجد كفتاً.

والثاني: العدم، لانتفاء الحاجة، وفي الأول قوة

١١. دكاوي ٥ ٣٤٧ حديث ٢ و٣، التهذيب ٧ ٣٩٤ و٣٩٦ حديث ١٥٧٨ و١٥٨٤ و١٥٨٥ و١٥٨٦، سنن

ابن ماجة ١ ٦٣٢ حديث ١٩٦٧

ويكره تزويج الفاسق خصوصاً شارب الخمر.
ولو انتسب إلى قبيلة قبان من غيرها فالأقرب انتفاء الفسخ،

قوله: (ويكره تزويج الفاسق، خصوصاً شارب الخمر)
لا ريب في أنه يستحب أن لا يُزوج المؤسسة إلا بعدل، وأنه يكره تزويجها
بالفاسق، خصوصاً شارب الخمر
قال الصادق عليه السلام: «من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع
رحمها»^١.
وفي الحسن عن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله:
شارب الخمر لا يزوج إذا خطب»^٢.
وقال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من تزوج الخمر بعد ما حرمها الله على
سابق فليس بأهل أن يزوج»^٣.
وهو محمول إما على المتحل، أو على شدة الكراهة
وقال السامعي: «الفاسق ليس بكفء للعادل ولا للعفيف، لقوله تعالى:
﴿وَأَقِمْنَ كَانِ مَؤْمِنَاتٍ لِّكُنَّ فَاةً لَا يَسْتَوُونَ﴾»^٤.
وحوايه أن المراد بالفاسق هو الكافر مقابلته بالمؤمن، ومطلق الفسق عندنا
لا يخرج المؤمن عن إيمانه.
قوله: (ولو انتسب إلى قبيلة قبان من غيرها، فالأقرب انتفاء
الفسخ).

(١) نكاحي ٣٤٧٥ حديث ١، التهذيب ٣٩٨٧ حديث ١٥٩٠

(٢) نكاحي ٣٤٨٥ حديث ٢، التهذيب ٣٩٨٧ حديث ١٥٩١

(٣) نكاحي ٣٤٨٥ حديث ٣، التهذيب ٣٩٨٧ حديث ١٥٨٩

(٤) المجموع ١٦ ١٨٢، لسراج الوهاج ٣٧٠، معي المحتاج ١٦٦٣

(٥) السجدة ٣٢

وكذا لا يفسخ لو طهر لمن تزوج بالعقبة أنها كانت قد زنت، ولا رجوع على الولي بالمهر.

اختلف الأصحاب في حكم المسألة، فقال الشَّح في النهاية: إذا اشتمى الرجل إلى قبيلة وتزوج فبان على خلاف ذلك بطل التزويج، واحتاره ابن المحيد^(١) وابن حمزة^(٢)، وقال في المبسوط الأقوى أنه لا حيار لها، ومن ليس من قال لها الخيار^(٣)، واحتار ابن ادريس أن لها الخيار إذا شرط ذلك في نفس العقد وجرح بخلافه^(٤)، وقال المصنف في المختلف إذا أسس إلى قبيلة فبان من أدنى منها بحيث لا يلزم شرف المرأة كان لها الخيار في الفسخ^(٥)

وقول ابن دريس هو المحذور لعموم قوله (أو هو بالعقود)^(٦) و«المؤمن عند شروطهم»^(٧).

ورواه الحلبي في الصحيح - قال في رجل تزوج المرأة فمكول أنا من بني فلان فلا يكون كذلك، قال «تفسخ النكاح» أو قال «لا ترد»^(٨) - لا دلالة فيها على أن ذلك بدون الأسرط في العقد، فلا يعدل عن ظاهر لايه والحديث السابق قوله: (وكذا لا يفسخ لو طهر لمن تزوج بالعقبة أنها كانت قد زنت، ولا رجوع على الولي بالمهر).

(١) نهاية ٤٨٩

(٢) مختلف ٥٥٥

(٣) وسيلة ٣٦٧

(٤) مبسوط ١٨٩

(٥) أسرار ٣٠٨ - ٣٩

(٦) مختلف ٥٥٥

(٧) نكاح ١

(٨) التهذيب ٣٧١٧ حديث ٣-١٥

(٩) التهذيب ٤٣٢٧ حديث ١٧٢٤، وفيه «أو من ترد السكاك وفي «ص» أو قال ترد

إذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت قد ربت فلاصحاب احوال
 أ: ثبوت الخيار للزوج سواء كتب قد حُتِّبَ أم لا، وهو قول الصدوق، وحكم
 بثبوت الخيار للمرأة بزنا الرجل وإن حدث بعد العقد^١
 ب: أن له الخيار في المخلوطة خاصة، قاله المفيد^٢ وجماعه^٣
 ج: الرجوع على الولي بالمهر من غير فسح^٤
 د: عدم الفسخ والرجوع، اختاره المصنف^٥ وانحصر^٦، وعبره المصنف هنا
 حاربة على ذلك، فإن المراد منها أن من زوج بمن ظاهر حالها كونها عفيفة ثم ظهر
 أنها كانت زنت

ولا يحصى أنه على القول بثبوت الخيار والرجوع بالمهر بذلك لا يكفي الظهور
 عنده، بل لابد من الثبوت شرعاً، وإن كان قوله (لو ظهر لمن زوج) قد يوهم خلاف
 ذلك.

إذا عرفت ذلك فاصح لأقول مختار المصنف، وبمريده معنوم من المسألة
 السابقة

نعم لو شرط في العقد كونها عفيفة ثم ظهر خلافه ثبت له الفسخ ورجع على
 المدلس بالمهر، لرواية^٧ عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن
 رجل تزوج امرأة، فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت قد ربت، قال: «إن شاء زوجها أخذ

(١) المقنع ١٠٩

(٢) المقنع ٨٠

(٣) منهم من الجيد كما عده في المصنف ٥٥٣ روى المصنف في الكافي ٢٩٥، والقاضي في مهذب ٢٣١ ٢

(٤) ذهب إليه شيخ في النهاية ٤٦٤، وابن اعرس في السرائر ٣٠٩

(٥) المختار ٥٥٣

(٦) الشرائع ٣٢٠، ٢

(٧) في «ش» و«ص» ولسمعه المحرر ورويه وما انتبه هو تصحيح انوار من نسبي

ولو زوجها الولي بالمجنون أو المخصي صح، ولها الخيار عند البلوغ، وكذا لو زوج الطفل بذات عيب يوجب الفسخ.

الصداق بمن زوجها ولها الصداق بها استحل من فرجها، وإن شاء تركها^(١)، وفي معناها رواية الحلبي عنه عليه السلام^(٢).

ولما لم تكن في الرواية دلالة على عدم اشتراط عفتها في العقد حملناها على اشتراطها، لأن سبق الرضا لم يثبت كونه من الصوب بل صعيبة الحلبي عن الصادق عليه السلام: «إنما يرد النكاح من البرص والجذام والمجنون والعقل»^(٣) ولقطة إنما تدل على الحصر.

قوله: (ولو زوجها الولي بالمجنون أو المخصي صح ولها الخيار عند البلوغ، وكذا لو زوج الطفل بذات عيب يوجب الفسخ).

لما لم يكن من شرط الكفاءة الخلوة من العيب لا في الزوج ولا في الزوجة، لم يكن إنكاح الولي الصغير - من ذات عيب كالمجنونة والرتقاء والصغيرة، ومن ذي عيب كالمجنون والمخصي - باطلاً، لاسيما إذا لم يعلم بالعيب، كما لو اشترى له شيئاً مظهر معيباً، فإن المبيع لا يقع باطلاً ويثبت للطفل الخيار بعد بلوغه، لأن ذلك مقتضى العيب.

وهل للولي الفسخ؟ فيه احتمالان:

أحدهما: نعم، لأنه قائم مقام الطفل في التصرفات، كما يفسخ البيع إذا ظهر المبيع معيباً.

والثاني: العدم، لأن الفسخ في النكاح منوط بالشهوة، والشهوات مختلفة، فلا يتسلط الولي على ذلك.

(١) التهذيب ٤٢٥:٧ حديث ١٦٩٨

(٢) الكافي ٤٠٨:٥ حديث ١٥

(٣) الفقيه ٢٧٣:٣ حديث ١٢٢٩، التهذيب ٤٢٦:٧ حديث ١٧٠١، الاستبصار ٢٤٦:٣ حديث ٨٨٠

ولو زوجها بمملوك لم يكن لها الخيار إذا بلغت، وكذا الطفل لو زوجه بالأمة إن لم يشترط خوف العنت.
المطلب الخامس: في الأحكام، إذا زوج الأب أو الجد له أحد الصغيرين لزم العقد ولا خيار له بعد بلوغه، وكذا المجنون أو المجنونة لا خيار له بعد رشده لو زوجه أحدهما.

واعلم، أن الحكم فيها إذا زوج لولي ولم يعلم بالعيب واضح، أما إذا علم به ثم زوج فإن فيه إشكالاً، لأنه إن راعى لبطة والمصلحة كان في ثبوت الفسخ للطفل بعد البلوغ إشكال، يشأ: من أي تصرف الولي باللبطة ماضٍ عليه، ومن أن النكاح يتعلق بالشهوة فلا يكون رصاً بالعيب ماضياً على العيب، وإن لم يراع الفبطة والذي يقتضيه النظر عدم صحة العقد بل يكون فضولاً، وعبرة الكتاب مطلعة.

قوله: (ولو زوجها بمملوك لم يكن لها الخيار إذا بلغت، وكذا الطفل لو زوجه بالأمة إن لم يشترط خوف العنت).

لا ريب أن الحرية عندنا ليست شرطاً في الكفاءة ولا هي من العيوب الموجبة لفسخ، فإذا زوج الحرة الصغيرة بممك مع وجود البطة صح النكاح ولم يكن لها الخيار بعد البلوغ، وكذا لو زوج المجنونة البالغة بمملوك.

ولو زوج الصغير بمملوكة مع لبطة بني على أن نكاح الحر الأمة مشروط بعدم الطول للمعرة وخوف العنت وعدمه، فعلى القول بالاشتراط تمتنع صحته، لفقد الامر الثاني في الطفل، وعلى عدمه يصح النكاح ولا خيار له بعد البلوغ، وسيأتي تحقيق ذلك كله إن شاء الله تعالى، وأن الأصح الاشتراط.

قوله: (المطلب الخامس: في الأحكام

إذا زوج الأب أو الجد له أحد الصغيرين لزم العقد ولا خيار له بعد بلوغه، وكذا المجنون أو المجنونة لا خيار له بعد رشده لو زوجه أحدهما).
وذلك لأنه عقد صدر من أهله في محله، لأنه المفروض، فإن جميع تصرفات الأب

وكذا كل من له ولاية على النكاح، إلا الأمة فإن لها الخيار بعد العتق وإن زوجها الأب على إشكال.

والجد له ماضية على الطفل والمجبور، ذكر كان أو أنثى، مع وقوعها على وجه القبضة والمصلحة، ولا يتغير هذا الحكم لو بلغ لصبي وكمل أو أفاق المجبور، لانتفاء المقتضي.

قوله: (وكذا كل من له ولاية على النكاح، إلا الأمة فإن لها الخيار بعد العتق وإن زوجها الأب على إشكال). أي. وكذا كل من له ولاية على نكاح إذا تزوج المولى عليه حيث يجوز له تروجه، فإن المحر إذا زال عتقه لم يكن له مسح العقد، إلا الأمة، فإنها إذا تزوجت ثم أعتقت كان لها فسخ النكاح على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى، سواء زوجها المولى، أم الأب أم الجد له الحرير بأذن المولى، والحال أنها صغيرة، على إشكال في الأخيرة، ينشأ:

من أنها صغيرة زوجها الأب أو الجد له، ولا فسخ للصغير إذا أنكحه أحدها إجماعاً.

ومن عموم الدال على ثبوت الخيار للأمة في النكاح إذا أعتقت^١ وهو يتناول صورة النزاع.

ويمكن بناء الاشكال على أن ولاية لأب مع الرق هل هي باقية وحق المولى مانع من مقتضاها، أم هي زائلة؟ وهذا النزويج بالنيابة عن المولى، فعلى الأول لا خيار لأن النزويج بمحض ولاية الأبوة وإذن المولى فإدته روال المانع، وعلى الثاني يثبت، لأنه مستند إلى المولى.

والأصح ثبوت الخيار في تزويج الأب، تمسكاً بالعموم الدال على ثبوته.

ولكل من الأب والجدة له تولي طرفي العقد، وكذا غيرها على الأقوى، إلا الوكيل فإنه لا يزوجه من نفسه إلا إذا أذنت له فيصح على رأي.

ولو وكيل الجدة عن حافديه تولي طرفيه، وكذا وكيل الرشيدين.

قوله: (ولكل من الأب والجدة له تولي طرفي العقد، وكذا غيرها على الأقوى، إلا الوكيل، فإنه لا يزوجه من نفسه إلا إذا أذنت له فيصح على رأي، ولو وكيل الجدة عن حافديه تولي طرفيه، وكذا لو وكيل الرشيدين).
يتصور في الجدة أن يتولّى طرفي العقد بالولاية بالنسبة إلى بنت أحد ابنه وابن الابن الآخر.

وأما الأب فلا يتصور فيه ذلك، متى كان ولياً لأحد الزوجين فلا بد أن يكون وكلاً عن الآخر أو عن وليه، فالعبارة تحتاج إلى تنقيح، إذا عرفت ذلك فاعلم: أن ولي الطرفين له أن يتولّى النكاح لها جرماً، فإن إثبات الولاية شرعاً له عليها يقتضي ذلك.

وأما الوكيل، فهل يعقد عنها لو كان وكلاً لها؟ فيه قولان، أقربهما^(١) الجواب لأن عموم النص^(٢) يتناول ذلك، ولا مانع إلا كون العاقد للطرفين واحداً، وما يعتقده منتفية بالأصل، والتفاير الاعتباري كاف، كما في الجدة والوصي، والمحاكم كالوكيل، وهذا إذا لم يزوجه الوكيل من نفسه.

فإن أراد تزويجها من نفسه لم يكن له ذلك بمجرد توكيلها إياه في إنكاحها، ما لم ينص له على ذلك أو يستفد ذلك بقرينة قوية صالحة للدلالة، لأن المفهوم من إطلاق اللفظ في الترويج تزويجها من غيره، فإن المتعارف والمتفاهم غالباً أن الوكيل

(١) في نسخة: أقواها.

(٢) الكافي ٥: ٢٧٠ حديث ٢.

ولو زوج الولي بدون مهر المثل فالأقرب أن لها الاعتراض.

غير الزوجين

وأما مع الاذن فإنه يصح على أصح لوحيين^(١)، وهو مختار ابن الجنيدي^(٢)، ونقل عن بعض علمائنا المصنف، لما رواه عمار السباطي قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعصم بها أهل بيتها، هل يحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها، تقول له: قد وكنتك فاشهد على تزويجي؟ قال: «لا» قلت: جعلت فداك وإن كانت أيتها؟ قال: «وإن كانت أيتها» قلت: فإن وكنت غيره فتزوجها منه؟ قال: «نعم»^(٣)

وضحف سندها بعمار قاذح في جمعها متمسكاً، على أنه لا دلالة فيها، فإن مجرد الاشهاد غير كاف، ولعل هذا هو المراد بقوله عليه السلام: «لا» ومن هذا البيان علم أن لوكيل الحد ذي المهادين - أعني ابن ابنة الآخر - أن يتولى طرفي العقد إذا وكله في توليتها، كما يتولاها الحد، وكذا القول في وكيل الرشيدين ووكيل الوليين.

قوله: (ولو زوج الولي بدون مهر المثل، فالأقرب أن لها الاعتراض). أي: لو زوج الولي البنت بدون مهر مثلها حيث تكون المصلحة في ذلك - كما لو لم يوجد من يليق بها - ويصلح لها سوى من لا يرضى بمهر مثلها ونحو ذلك - فهل لها الاعتراض بعد الكمال؟ فيه قولان: أقربها عند المصنف أن لها ذلك، لأن لنكاح عقد معاوضة، ومقابلة البضع بدون عوض مثله تخيير، ووجوب الرضا به ضرر.

(١) في «ش»: القولين.

(٢) المختلف: ٥٤١.

(٣) التهذيب ٣٧٨٧ حديث ١٥٢٩، لا يستصبر ٢٣٣٣ حديث ٨٤١، وفيها فإن وكنت غيره

برويها منه

وقال الشيخ في الخلاف^(١) والميسوط^(٢) بلزومه، لأنه أولى من العفو، وهو جائز للذي بيده عقدة النكاح، ولأن البضع ليس مالاً حقيقة، وليس الفرض الأصلي من النكاح هو المهر، بل التحصين والنسب، وحكى الشيخ في الميسوط^(٣) بطلان المسمى، لأن الأموال يراعى فيها قيمة المثل، فكذا في البضع.

وضعفه ظاهر، فإن العرض وجود المصلحة المجورة، والفرق قائم كما بيناه. فعلى الأول لها الاعتراض في المسمى، فإذا فسخته ثبت لها مهر المثل بالدحول، وهل لها الاعتراض في العقد؟ فيه وجهان أحدهما: لا، لأن المهر ليس ركناً في النكاح، فلا مدخل له في صحته وفساده. والثاني: لها ذلك، لأن العقد الذي جرى عليه التراضي هو المشتمل على المسمى، فمضى لم يكن ماضياً كان لها مسخه من أصله ويمكن أن يجعل الخيار في العقد - إذا فسخت المسمى - مختصاً بالزوج، لأنه إما رضي بالعقد على الوجه المخصوص، وقد فات، فثبت له الخيار، وأيضاً فإن إزالته بمهر المثل على وجه قهري فيه ضرر.

ويحتمل ضعيفاً بطلان لعقد من رأس إذا فسخت المسمى، لعوات ما وقع عليه التراضي بالفسخ، وعيره غير واقع.

وفي عبارة شيخنا في شرح الارشاد إياه إليه، فانه قال. إذا زوج الولي الاجباري كالأب والجد المولى عليها بدون مهر مثلها فالوجه صحة العقد، إلى آخره. وضعفه ظاهر، فإن المهر ليس ركناً في العقد.

ولو زوجها بدون مهر المثل مع عدم المصلحة المقتضية لنقص المهر، ففي صحة

(١) الخلاف ١١٣ مسألة ٣٧ من كتاب الطلاق

(٢) الميسوط ٤: ٢٩٧

(٣) المصدر السابق.

النكاح وبطلان المسمى أو بطلان وجهه، لأن دليلها معلوم بما سبق، وبخثاره في الارشاد صحة النكاح ووجوب مهر المثل، ويلوح منها أنه يجب بالمقد، لأنه قال: لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو مفوضه البصع فالأقرب الصحة مع المصلحة وإلا مهر المثل، وفيه نظر بين.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن عرض المسألة في العبارة لابد أن يكون مقيداً بالمصلحة، إذ بدونها يجب أن يكون لها الاعتراض حرمياً، لأنه عقد جرى على خلاف المصلحة فلا يكون ماضياً.

وبحتمل عدم اعتبار التقييد بها، لأن ظاهر كلام الشبغ وتعليقه جوار العقد من الولي بدون مهر المثل اختياراً لا لشيء يأتى عليه حيث عطل بأن له المعو عن الصداق وله أن يعقد على بعضه^(١)، فعلى هذا يختص الحكم بالولي الاجباري، وهو الذي يعفو.

وعلى الأول لا يختص، فيعم الحكم الحاكم، لأن المناط في تصرف الجميع المصلحة.

وعبارة المصنف في التحرير تشتر بذلك، فانه قال: ولا للولي أن يزوجه بدون مهر المثل، فان فعلاً كان لها فسخ المسمى^(٢).

وهل لها فسخ النكاح؟ فيه نظر، ولعمد في لغوى أنه إذا زوجها كذلك مع المصلحة فلا اعتراض لها أصلاً، ولا كان لها فسخ لمسمى والنكاح معاً، لأنه عقد على خلاف المصلحة.

وهل لها فسخ لصداق وحده حيث يكون اشاء النكاح من الولي جائزاً؟ يحتمل ذلك، فان فسخته كان للزوج فسخ لنكاح.

(١) لنهايه ٤٦٨

(٢) التحرير ٦٢

ويصح للمرأة أن تعقد على نفسها وغيرها إيجاباً وقبولاً
ولو روج لعضولي وقف على الاحارة من المعقود عليه أن كان حراً
رشيداً أو من وليه إن لم يكن، ولا يقع العقد باطلاً في أصله على رأي.

قوله: (ويصح للمرأة أن تعقد على نفسها وغيرها إيجاباً وقبولاً).
فان عبارتها في الكاح معتبره عبداً كما سبق، وهذا تكرار محض.
قوله: (ولو روج العضولي وقف على الاحارة من المعقود عليه إن كان
حراً رشيداً أو من وليه إن لم يكن، ولا يقع العقد باطلاً من أصله على رأي).
احلف الأصحاب في عقد النكاح الصادر من عضولي، وهو الذي ليس له
ولاية ولا وكالة.

فالأكثر على أنه يقع موقوفاً على الاحارة من المتناكحين أو من يقوم مقامهما.
اختاره المصنف "ومرنص" و"لتبج في لهانة" وعامة الأصحاب، وهو محار المصنف.
ودهب التبج في المبسوط^(١) والخلاف^(٢) إلى بطلانه من رأس
ودهب بن حمزة إلى أن الكاح لا يقف على لاجارة إلا في سعة مواضع، وهي:
عقد البكر الرشيد مع حضور لولي على نفسها، وعقد الأب على ابنه الصغير، وعقد
لأم عليه، وعقد الحد مع عدم الأب، وعقد الأخ، والأم، والعم على صبية، وتزويج
الرجل عبده بغير إذنه، وتزويج العبد بإذن سيده، فان أجاز الولي والمعقود له أو عليه
وسيده صح، وإلا انفسخ^(٣).

(١) المقصد ٧٨

(٢) الانتصار ١٢٢، لناصر بات: ٢٤٧

(٣) النهاية: ٤٦٥

(٤) المبسوط ٤١٣

(٥) الخلاف ٢٠٦، مسألة ١١ من كتاب النكاح

(٦) الويلة ٣٥٣

والأصح الأول، ما رواه ابن عباس أن حاربه بكراً أتت النبي صلى الله عليه وآله فذكرت أن أباه روحها وهي كرهة، فحيرها النبي صلى الله عليه وآله، وفي حار آخر أن رجلاً روح أبوه وهي كرهة فحيرها النبي صلى الله عليه وآله، فقالت احترت ما صنع بي، وإني أردت أن أعلم لست للنساء من ليس للآباء من أمر بآئهم شيء^(١).

وما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، أنه سأل عن رجل روحته أمه وهو عاتق؟ قال: «النكاح حائر، من شاء أتزوج قبل، ومن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزوجه فالمرء لازم لأمه»^(٢).

وفي الصحيح عن أبي عبيدة الخدع قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن علام وجارية روحها وبيان لها وهما عمر مديكين؟ فقال: «النكاح حائر، وأبها أدرك كان له الخمار، وإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا»^(٣).

وحمل في المختلف الأولى هنا على غير الأب والجد له، كالأخ والعم والخال^(٤)، ولو حمل على الحاكم ووصي المال كان أوقع.

وعن زرارة عن الباقر عليه السلام قال سألته عن رجل تزوج عبده بعير أذنه فدخل بها ثم أطلع على ذلك مولاه؟ قال: «ذلك لمولاه، إن شاء فرق بينهما، وإن شاء

(١) سنن أبي داود ٢٣٢:٢ حديث ٢٠٩٦ سنن الكرمي ١١٧٧

(٢) سنن البيهقي ١١٨:٧.

(٣) الكافي ٤٠٩:٥ حديث ٢، التهذيب ٣٧٦:٧ حديث ١٥٢٣

(٤) النكاح ١٣١:٧ - ١٣٢ حديث ١، التهذيب ٢٨٨:٧ حديث ١٥٥٥

(٥) المختلف: ٥٣٦

أجاز بكاحها»^(١) وفي الحسن عن زرارة عن الباقر عليه السلام مثله^(٢).
وعن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي
عليهم السلام. أنه أتاه رجل بعبد فقل إن عبدي تزوج بغير إذني، فقال علي عليه
السلام لسيدة: «فرق بينهما» فقال السيد لسيدة: يا عدو الله طلق، فقال علي عليه
السلام. «كيف قلب له؟» قال قلت لم طلق، فقال علي عليه السلام للسيدة: «الآن فإن
شئت فطلق وإن شئت فامسك» فقال سيدة: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي ثم جعلته
بيد غيره، فقال. «ذلك لأنك لم تسمي له: طلقاً، فمات له بالكاح»^(٣).
والحجة في الحكم بالنكاح بعد قوله فرق بينهما. ويمكن أن يقال: لا حجة فيه
لاستلزام الأمر بالطلاق حصول النكاح، وهو أعم من كونه فضولياً
احتج الفائل بالطلاق بأن العقد سيب لا باحه، فلا يصح صدوره من غير
معقود عليه أو وليه.

وهو عين المتنازع.

وبأن رضي المعقود عنه أو وليه شرط، والشرط مقدم.

والأولى بمسوعة.

وبما روت عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: «أيها امرأة نكحت بغير
إذن وليها منكاحها باطل»^(٤) وهذه نكحت بغير إذن وليها، وبما روى جابر عن النبي
صلى الله عليه وآله أنه قال: «أي عبد تزوج بغير إذن مواليه فمكاحه باطل»^(٥).

(١) الكافي ٤٧٨ ٥ حديث ٢، العبد ٢٨٣ ٣ حديث ١٣٤٩، التهذيب ٢٥١ ٧ حديث ١٤٣١

(٢) الكافي ٤٧٨ ٥ حديث ٣، العبد ٣٥٠ ٣ حديث ١٦٧٥، التهذيب ٢٥١ ٧ حديث ١٤٣٢

(٣) التهذيب ٢٥٢ ٧ حديث ١٤٣٣

(٤) سنن أبي داود ٢٢٩ ٢ حديث ٢٠٨٢، سنن الترمذي ٤٠٧ ٣ حديث ١١٠٢، مسند أحمد ٦٦: ٦

(٥) سنن أبي داود ٢٢٨ ٦ حديث ٢٠٧٨

ويكفي في البكر السكوت عند عرضه عليها، ولا بد في الثيب من النطق، ولو زوج الأب أو الحد له الصغيرين فمات أحدهما ورثه الآخر، ولو عقد الفضولي فمات أحدهما قبل البلوغ بطل العقد، ولا مهر ولا ميراث.

ولو بلغ أحدهما فأجاز لزم في طرفه، فإن مات الآخر فكالأول. وإن مات المجيز عزل للآخر نصيبه، فإن فسخ بعد البلوغ فلا مهر ولا ميراث، فإن أجاز أحلف على عدم سببية الرغبة في الميراث للاجازه وورث

والروايتان ضعيفتان، فإنهما ليستا من طريقه، وبأن العقود الشرعية تحتاج إلى أدله شرعية، ولا دليل على أن هذه واقعة على الاجازة.

وضعه ظاهر، فإن الدلائل قد بيناها. قوله: (ويكفي في البكر السكوت عند عرضه عليها، ولا بد في الثيب من النطق).

كما يكفي في ادرك البكر في ايقاع عقد النكاح سكوتها، كما يكفي في ايجازها العقد الفضولي السكوت، لأن المفتي للاكتفاء به هو الحياء، وهو قائم في الموضعين، أما الثيب فلا بد من تصريحها بالان.

قوله: (ولو زوج الأب أو الحد له لصغيرين فمات أحدهما ورثه الآخر، ولو عقد الفضولي فمات أحدهما قبل البلوغ بطل العقد ولا مهر ولا ميراث، ولو بلغ أحدهما فأجاز لزم في طرفه، فإن مات الآخر فكالأول، وإن مات المجيز عزل للآخر نصيبه، فإن فسخ بعد البلوغ فلا مهر ولا ميراث، وإن أجاز أحلف على عدم سببية لرغبة في الميراث للاجازه وورث).

إذا زوج الأب أو الجد له الصغيرين لزم العقد كما سبق، ولم يكن لأحدهما خيار بعد البلوغ، فلو مات أحدهما ورثه الآخر، لصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبية يتورثان؟ قال «إذا كان أبواهما اللذان زوجها» معهم» قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال «لا»^(١) وقد تقدم حكاية خلاف الشيخ وابن البراج وابن حمزة وابن إدريس^(٢).

ولو كان العاقد لهما فصولياً فلا يرث، إلا إذا مات المميز بعد بلوغه ثم أجاز الآخر بعد بلوغه فانه يرث إذا أحلف أنه لم يجز رغبة في الارث، فلو ماتا أو أحدهما قبل الاحازة فلا يرث قطماً، لمطلان العقد بتعدد الاحازة

ويدل على هذه الأحكام صحيحة أبي حمزة الخزاز عن الباقر عليه السلام قال: سألت عن غلام وجارية رُوجهاا وليس لهما عر مدرك؟ فقال «الكاح حائر وأبها أدرك كان له الخيار، فان ملتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا ورصيا» قلت: فان أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال «يجوز ذلك عليه إن هو رضي» قلت: فان كان الرجل الذي قد أدرك قبل الجارية ورصي بالكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترثه؟ قال «نعم يعرل ميرتها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضئ بالترويع، ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر» قلت: فان ماتت الجارية ولم تكن أدركت أبينها الرجل لمدرک؟ قال «لا، لأن لها الخيار إذا أدركت» قلت: فان كان أبوها هو الذي روجها قبل أن تدرك؟ قال «يجوز عليها ترويع الأب ويجوز على العلام والمهر على الأب للجارية»^(٣)

وهذه الرواية وإن تضمنت صدور العقد من وليين، إلا أنها لا دلالة لها على

(١) التهذيب ٢٨٢٧ حديث ١٥٤٣، الاستبصار ٣٦٤٣ حديث ٨٥٤

(٢) أنظر النهاية: ٤٦٦، تهذيب ١٩٧٢، التوسيع: ٣٠٠، السرائر ٢٩٧

(٣) الكافي ١٣١٧ - ١٣٢٢ حديث ١، التهذيب ٢٨٨٧ حديث ١٥٥٥

فإن مات بعد الاجازة وقبل اليمين فاشكال،

كوسها ولتين في النكاح، وقد تضمنت ذكر الأب وأن تروجه ماض على الصغيرين، وفي ذلك دلالة على أن المراد بالولي غيره وغير لحد، لدلالة عدة روايات أخرى على أنه كالأب^(١).

ولا ريب أن من لا ولاية له في النكاح فضولي فيه، فلا يفرق بينه وبين من لا ولاية له أصلاً، لأنه لا فارق من لعلاء، وهذه الرواية من أقوى الدلائل على عدم بطلان عقد الفصولي في النكاح من رأس.

والظاهر أن المحولين كالصغيرين في ذلك وقد قال عسها^(٢)، إنها تضمنت ثبوت نصف مهر للعارية، والموت يقتضي مقرر المصيح.

وحوايه الحمل على أنه قد سبق دفع نصف مهر كما هو المعتاد من تقديم شيء قبل الدخول وأن الباقي هو النصف خاصة.

واعلم أن قول المصنف (ولو بلغ أحدهما فأحار لرم في طرفه) ينبغي أن يكون مبيهاً على أن القبول كاسف، إذ لو كان جرم السبب لكان إما رضي بالايجاب أو بالقبول، والايجاب لو صدر لم يكن لازماً بحيث يمتنع الرجوع عنه، فكيف الرضى به. واعلم أيضاً أن الحار في قوله: (في اميرات) متعلق بـ(الرغبة) والجار في قوله: (للاجازة) متعلق بـ(سببية).

قوله: (فإن مات بعد الاجازة وقبل اليمين فاشكال).

أي: فإن مات البالغ المجبر آخرًا بعد موت الأول بعد الاجازة وقبل اليمين،

(١) ي. على أن لحد كالأب بل في كثير من روى منه، نظر لك في ٣٩٥ هـ باب الرجل يريد أن يزوج بنته ويريد ابوه يزوجها رجلاً حر، التهذيب ٣٩٠ هـ حديث ١٥٦١ - إلى - ١٥٦٤، الوسائل

٢١٧، ١٤ باب ١١

(٢) أي الرواية.

ولو جن عزل نصيبه، ولو نكل فهي المهر وارثه منه إشكال

فهي ثبوت الارث وعدمه، يسأ من أن استحقاق الارث دائر مع العقد الكامل، وقد كمل بالاجارة من طرفين، فوجب أن يثبت الارث ومن أن النص اعتبر في ثبوت الارث الاجارة واليمين، وقد تعددت، فلا يثبت، وهذا أصح، لأن الارث على خلاف الأصل، فيعصر في ثبوته على موضع النص

ولا نسع أن العقد يكمل هنا بالاجارة، ولم لا يكون كماله بالاجارة الدالة على الرعية في الكسح حيث أن تنهيه فائضة؟ لأن الاجارة هنا محص فائده لا تعب فيها، فكل أحد سبيل إلى العائده ويتوصل إليها بالاجارة - وإن كان بحيث لولا الارث لم يرعب في الكسح - فلهذا لم يحلف على ذلك لا يتحقق حصول لاجاره المعنوية الصادرة عن الرعية في النكاح.

قوله (ولو جن عزل نصيبه، ولو نكل فهي المهر وارثه منه إشكال) إذا جن المحير التام بعد موت المحير الأول قبل اليمين لم يحكم ببطال الارث، بل يعزل نصيبه ويستقر زمانه، لعدم اليأس منها، فإن أفاق وحلف ورث، وإن استمر إلى الموت فعليه الاشكال المتعذر.

ولو نكل عن اليمين فلا إرث له من غير المهر قطعاً، لتوقف الارث على اليمين، لكن هل يدرمه المهر لو كان هو الزوج أم لا؟ فيه إشكال، وبتقدير لزومه هل ترث منه أم لا؟ فيه إشكال أيضاً.

فأما الاشكال الأول فمستوفى من أن لنكاح إنما يحكم بصحته ولزومه إذا حصلت الاجارة مع اليمين، وقد انتفى اليمين بالكل، فيستفي الحكم بصحة النكاح، وثبوت المهر دائر معها.

ومن أن إجازته للنكاح تتضمن الاقرار بثبوت المهر في ذمته تبعاً لصحة النكاح، وإقرار العقلاء على أنفسهم ماض، ولعمل بالأصلين المتنافين في نظائر ذلك ثابت، كما لو اختلف الزوجان في إيقاع النكاح في الاحرام أو الاحلال، وكذا اختلاف

الرجل والمرأة في حصول النكاح، فإن مدعى النكاح الصحيح بواحد به تضمنته دعواه من الإقرار، فسمع الرجل من الخادمة وأخت المرأة وأُمها وبسها، وسمعا لو كانت هي المدعية من الزوج بآخر وهو ذلك.

ومنشأ الاشكال الثاني من أن الارث دائر مع صحة النكاح كما أن لروم المهر دائر معها، فمتى لزم المهر وجب أن ترث بنتاً

ومن أن ثبوت الارث متوقف على بيمين الحائض، فيستفي بدوها ولقائل أن يقول إن كان مراده بالاشكال في إرثه من المهر على تقدير لرومه له، أنه على أحد الوجهين بحسب تسليم جميعه، فليس بحيدم لأن حاصل إقراره يقتضي أن الذي في ذمته من المهر هو ما زاد على قدر نصيبه من الارث لو كان وارثاً بالزوجه، ولم يقع منه إقرار بزيادة على ذلك.

فإن قيل، إقراره بالنكاح بكذا يقتضي ثبوت جميع المهر في ذمته، واستحقاقه البعض بالارث موقوف على ثبوت لنكاح شرعاً، وليس بثابت قلنا، الأمران معاً من لوازم النكاح، فإقراره به يقتضي إقراره بما زاد على نصيبه دون ما عداه، إذ لا يقتضي النكاح سوى ذلك، وهذا بخلاف ما لو أقر شخص بأن في ذمته مائة مثلاً ثم زعم أنها مهر نكاح، فإن إرثه منها في هذه الصورة يتوقف على ثبوت النكاح.

وإن كان مراده به أن مقدار ما يسقط عنه من المهر - وهو قدر نصيبه - هل هو لاستحقاقه إياه بالارث أم لا؟ فمع أنه ليس في ذلك كثير فائدة الاشكال ضعيف جداً، لأن المهر والارث كلاهما بحسب الواقع قرع لنكاح لصحيح، أما ظاهراً فليس ذلك لأن المهر إنما يجب بإقراره وإن أسند الروم إلى سبب لم يعلم ثبوته، وهذا القدر لا يكفي لثبوت الارث ظاهراً.

والأصح أنه إنما يجب عليه من المهر ما زاد على قدر استحقاقه لو كان وارثاً،

وفي اسحاب الحكم في الدفن إذا روجها الفضولي إسكال، أقر به
البطلان

ولو روج أحدهما الولي أو كان بالغاً رشيداً، وزوج الآخر الفضولي،
فمات الأول عزل للثاني نصيبه وأحلف بعد بلوغه.
ولو مات الثاني قبل بلوغه أو قبل إجارته بطل العقد.

وبذلك القدر ساقط عنه، لعدم إقراره به لا لإلارته

قوله: (وفي اسحاب الحكم في اليافس إذا روجها الفضولي، إسكال،
أقر به البطلان)

يشأ: من أن لعقد في لصيرس إما كان فصولياً، ولا تفاوت الحال بالصغر
ولكن فيكون الحكم في اليافس كذلك.

ومن أن هذا الحكم نسب على خلاف الأصل، فينصر فيه على مورد النص،
وبحكم ببطلان العقد إذا مات أحد الموقوف عليها بعد إجارته وقبل إجارة الآخر.
فان قيل: هذا إنما يستقيم على لقول بأن الإجارة في الفضولي جره السبب،
أما على القول بأنها كاشعة فلا، لأن لإجارة تكشف عن سبق المكاح على الموت،
فكيف لا يثبت الارث؟!

قلنا: قد عرفت أن الإجارة وحدها لا تكفي في ثبوت الارث، إذ لا يتحقق
المكاح بمحردها، بل لا بد من اليمين، وثبوت الارث باليمين محال للأصل، فلا
يتعدى مورد، وهذا هو وجه القرب لمقرب المصنف، وهو المعنى به.

قوله: (ولو روج أحدهما الولي أو كان بالغاً رشيداً وزوج الآخر
الفضولي فمات الأول عزل للثاني نصيبه وأحلف بعد بلوغه، ولو مات الثاني
قبل بلوغه أو قبل إجارته بطل العقد).

المراد: أنه إذا كان التزويج من أحد الطرفين لازماً - إما لكون الموقوف له

ولو تولى المصولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان روحاً حرم عليه الخامسة والأخت والبنات والأم، إلا إذا فسخت على اشكال في الأم

النكاح قد عقد له من به ولاية نكاح كصغير إذا روجه أبوه أو جده لأبيه والبالغ إذا كان فاسد العقل، أو لأنه قد باسر عقد نكاح نفسه وهو ممن يصح منه كالبالغ لرسيده أو السفهيه إذا أدن له الولي - ومن انظر في الآخر فصولياً مع كون المعقود عليه صغيراً

فانه إذا مات الأول وحب أن يهرول نصيبه لثاني من إرثه، فاد بلع وأحار حلف على ما سبق وورث، والدليل على ذلك أن النكاح ورد على الصغيرين إذا كان لعقد فصولياً بالاصافه إليهما، فإذا كان أحدهما صغيراً والعقد من طرفه فصولياً ومن انظر في الآخر لارماً - سواء كان صغيراً أم لا - وحب أن ثبت الحكم بطريق أولى.

أما لو مات الثاني قبل بلوغه أو بعده قبل الإحارة، فإن العقد باطل، ولا إرث لانتفاء المعتضي وهو الاجارة

قوله: (ولو تولى الفصولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان روحاً حرم عليه الخامسة والأخت والبنات، إلا إذا فسخت على إشكال في الأم).

لو تولى العقد عن الرجل أو مرأه فصولي وباسر الآخر منها انعقد بنفسه، فقد علم من ما مضى أن العقد لازم بالنسبة إلى المباشر، وحيث ثبت تحريم المصاهرة بالنسبة إليه، لأن ذلك دثر مع نكاح الصحيح، وقد علمت أن النكاح صحيح بالنسبة إليه حيث أنه لازم من طرفه.

فالمباشر إما زوج أو زوجة، فإن كان روحاً حرم عليه نكاح الخامسة لو كانت

لمعقود عليها فصولاً رابعة وحرم عليه تحت المعقود عليها وأُمها وبنتها، لأن ذلك أثر
لنكاح الصحيح، لا إذا فسخت المعقود عليها من التحريم يستفي حيث لا تنفاه
مقتضيه

وذلك واضح في الأحكام وفيها لا يحرم إلا جمعاً لا عباً وقد افسح النكاح،
وكذا التبت، فإنها لا تحرم عباً إلا مع المهرجول بأمها

أما الأم، فإن في بقاء محرماتها بعد الفسخ ورواها إسكالم، يساً من أن تحريم
الأم ثبت بالعقد الصحيح للأزم، وقد سئل أن العقد صحيح لازم من طرف المباشر،
فتعلق به تحريم الأم، ومنه الفسخ رفع لنكاح من أصله، فارتفعت أحكامه
وأبصاراً فإن النكاح لا يعقل بثبوت المهرجول المعتر من دون الانتخاب
لشرعي، وانتخاب المصولي لا أثر له من دون برص، وإذا لم يثبت لنكاح لم يثبت
التحريم.

والتحقيق أن المباشرة من أحد الطرفين لا تفصي ثبوت لنكاح من ذلك
لطرف الآخر لأن النكاح أمر واحد سمي لا يعقل ثبوتها إلا من الجانبين
وإنما قلنا إنه يلزم في حق المباشر، بناء على أن لا حازه كاسفه عن ثبوت العقد
ولزومه من حين وقوعه، كما أن عدمها كسفه عن عدم ذلك

فلو فسح المباشر ثم أجاز لآخر تبين أن فسحه وقع بعد ثبوت العقد ولزومه
فلم يؤثر شيئاً، ولحكم بثبوت حرمة المصاهرة إن كان لأن العقد الواقع بغيره عن حكم
الحل الذي كان قبله، وإن كانت سببه وعدم سببه لأن غير معلومه، فلم يبق حكم
الأصل كما كان.

ومثله ما لو اشبهت بروحة معقود عليها عقد صحيح لازماً بغيرها، فإن
تحريم المصاهرة ثابت بالسبب، ليس بها، وقد نقول فيها لو اشبه الظاهر بالنجس
والحلال بالحرام.

وفي الطلاق نظر؛ لترتبه على عقد لازم فلا يبيح المصاهرة.

وهذا البيان يظهر أنه مع الفسخ يتبين أنه لا عقد أصلاً، فلا تحريم أصلاً، وهذا هو الأصح.

قوله: (وفي الطلاق نظر، لترتبه على عقد لازم، فلا يبيح المصاهرة). أي: وفي الطلاق بالنسبة إلى إفادته بإباحة نكاح الأخت والبنت في الصورة المذكورة نظر، ينشأ.

من وجوب ترتب الطلاق المفسخ على عقد نكاح صحيح لازم، وهو مستفاد هنا، فلا يكون الطلاق الواقع في الصورة المذكورة معتبراً في نظر الشارع، فلا يبيح إباحة المصاهرة في المذكورات، فيبقى التحريم كما كان إلى أن يحصل الفسخ من الزوجة أو الإجارة، ثم الطلاق منه بعدها.

ومن أنه طلاق صدر من أهله في محله، وذلك لأن لموقع له كامل والروحية قد ثبتت من طرفه، فإن ذلك هو المعروض، فوجب أن يترتب عليه مقتضاه، وذلك بإباحة نكاح الأخت والبنت.

وفيه نظر، لأننا قد بينا أن لا نكاح من طرفه، فكيف يقع الطلاق منه ولأن الحال لا يخلو من أن نجبر المرأة أو تصح، فإن فسخت تبين بطلان النكاح وعدم محريم البسب والأخت، وإن أعارت تبين صحة النكاح ولزومه، فيكون الطلاق الواقع صحيحاً، فيبيح نكاح البنت ولأخت، فعلى كل من التقديرين محلان وفيه نظر، لأن إباحة الطلاق من الجاهل بحصول شرائطه ينهي أن لا يقع صحيحاً، فكيف مع الجهل بالروحية، فهو وكن في النكاح ثم طلق قبل أن يعلم أن الوكيل قد عقد، فالذي يقتضيه النظر عدم الصحة.

ويمكن أن يكون معنى العبارة وفي الطلاق بالنسبة إلى إفادته بإباحة الأم وعدمها نظر، ينشأ من أن الطلاق بوجوب ترتبه على عقد لازم متى وقع صحيحاً لم يهد حل ما حرم بالمصاهرة وفي الصورة المذكورة يقع صحيحاً، للزوم النكاح من طرف

وإن كان زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ، والطلاق هنا معتبر.

ولو أذن المولى لعبده في التزويج صح، فإن عين المهر وإلا انصرف إلى مهر المثل، فإن راد على التقديرين فالزائد في ذمته يتبع به بعد

الزوج، فلا تحل له الأم. ومن أن العقد لم يتم إلى الآن، فإذا فسخت الزوجة انتفى النكاح ولم يكن للطلاق أثر، فتحل الأم.

والحق أن المراد بالعبارة هو المعنى الأول دون الثاني، والتقدير: حرمت المذكورات إلا إذا فسخت المرأة فتحل، وفي حلها له بالطلاق نظر، يشأ ما قدمناه. والأصح أن الطلاق لا يعتبر إذا فسخت المرأة، أما إذا أحازت فهي اعتباره نظر، من حيث أنه لم يكن محروراً به حال إنقاعه، والمختار حل الجميع بمسختها لا بالطلاق

قوله: (وإن كان زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ، والطلاق هنا معتبر).

أما الحكم الأول فمعلوم مما سبق، فإن الاجارة لما كانت كاشفة ربما كان لنكاح حينئذ واقعا، وقد وقع العقد فلا يحل لها نكاح غيره.

وأما الحكم الثاني فلأن تحقق كماله العقد إنما يكون باجارة الزوج، والاجارة أمر ممكن بالنسبة إليه، فإذا صدر منه طلاق تعين حمله على كونه طلاقاً شرعياً، ولا يكون شرعياً إلا إذا كان العقد كاملاً، وكما لفته إنما تكون من قبله، فوجب الحكم بها. ومثله ما لو دخل، وكل ما جرى هذا المجرى، وتقيد به بقوله هنا يشعر بأن النظر السابق في كون الطلاق معتبراً وعدمه، وهو المعنى الأول.

قوله: (ولو أذن المولى لعبده في لتزويج صح، فإن عين المهر وإلا انصرف إلى مهر المثل، فإن راد على التقديرين فالزائد في ذمته يتبع به بعد

الحرية والباقي على مولاه، وقيل: في كسبه، وكذا النفقة.

الحرية والباقي على مولاه، وقيل: في كسبه، وكذا النفقة)

قد قررنا فيما سبق أن العبد لا يسوع له التزويج بغير إذن مولاه، فإذا أذن له زال المنع.

وظاهر إطلاق العبارة أنه يكفي مجرد لادن في النكاح من دون أن يقيد بامرأة بعينها أو واحدة من القبيلة أو البلدة، وبذلك صرح في لتدكرة، قال: وإذا أطلق الادن تناول أدبه الحرية والأمة، وفي تلك الهدية وغيرها، إلا أنه ليس له الخروج إلى غير بلد مولاه إلا بأذنه^(١)، ووجهه: أن إطلاق الادن يسأل ذلك كله.

وبشكل الاكتفاء بإطلاق الادن في تسلطه على نكاح من يريد، فإن المهر يتعاونت بالفتلة والكثرة تعاوناً فاحشاً، وإيجاب ما يختاره العبد على السيد بالادن المطلق وإن كثر محل تأمل.

وعلى الاكتفاء بالإطلاق مما ينكح بمهر المثل قطعاً، كما لو أذن له في بيع سلعة أو شرائها، فإنها يحمل على نفس المثل، فإن راد عن معين مع تعيين المهر أو عن مهر المثل مع الإطلاق - وهما - التقديران اللذان رادهما المصنف بقوله: (على التقديرين) - فالنكاح صحيح، وكذا المسمى، لكن الرائد يثبت في دمه يتبع به بعد العتق.

ووجهه: أن أصل النكاح مأدون فيه، والادن يستلزم وجوب مهر لمثل على المولى، فيبقى الباقي على العبد، ولا كذلك لو أذن له في شراء سلعة فاشترها بزيادة عن ثمن المثل، فإن البيع هنا يفف على الاجارة.

ولفائل أن يقول إن كان العبد أهلاً لأن يثبت شيء من المهر في دمه فليثبت جميعه، مع أن هنا اشكالا آخر، وهو أن الروحة إما رصيت بمهر مستحق يمكن المطالبة به، فلا يلزمها النكاح، وبعض المسمى إما تستحقه إذا عين العبد، وقد كان

المناسب للقواعد أن نقول بوقوف لسكاح أو الصداق على إجازة المولى، فإن فسخ الصداق يثبت مهر المثل بالدخول وتخير المرأة أما لو عين له امرأة فتزوج بغيرها فإنه يقف على الإجازة.

والمراد بقوله: (والباقي على مولا) هو ما عدا الزائد على المعين مع التمين أو على مهر المثل مع الإطلاق، وهذا القول يختار المصنف وابن ادریس^(١)، وهو الأصح، لأن الإذن في النكاح يستلزم الإذن في توابعه كما لو اذن له في الإحرام بالحج، فإنه يكون إذناً في توابعه، فإن السكاح يمتنع إحلاؤه عن المهر، والعبد لا يملك شيئاً، فلا يجب عليه شيء، لامتناع أن يجب عليه ما لا يقدر عليه، لامتناع التكليف بها لا يطاق، فيكون وجوبه على المولى، ولا يتعين له شيء من أمواله كسائر ديونه، وكذا القول في النفقة.

وقال الشيخ في المبسوط^(٢): إنه يجب في كسبه، على معنى أنه يجب الاكتساب للمهر والنفقة، قال: فإن لم يكن مكتسباً قال قوم يتعلق برقبته لأن الوطء بمنزلة الجنابة، ومنهم من قال يتعلق بذمته لأنه حق لزمه باختيار من له الحق فكان في ذمته كالقرض، والأول أليق بمذهبنا.

فمن قال يتعلق برقبته على ما اخترناه قال إن أمكن أن يباع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة فعل، وإن لم يمكن بيع كله - كما قيل في الجنابة - ووقف ثمنه فينفق عليها منه، وقد انتقل ملك سيده عنه إلى سيد آخر.

ولا يخفى أن الانفاق عليها من مال السيد بعد انتقال المهر إلى غيره مع إجازته النكاح باطل، نعم ذلك في نفقة الماضية، لأنها على السيد الأول.

(١) السرائر ٢١٦

(٢) المبسوط ١٦٧: ٤

ولو زوجها الوكيلان أو الأخوان مع الوكالة صح عقد السابق، وإن دخلت بالثاني فرق بينهما ولزمه المهر مع الجهل، ولحق به الولد، واعتدت وردت بعدها إلى الأول، ولو انعقا بطلا ولا مهر ولا ميراث، وقيل، يحكم بعقد أكبر الأخوين.

ولو كانا فصوليين استحب لها جازة عقد الأكبر، ولها أن تجيز عقد الآخر، ولو دخلت بأحدهما قبل الاجازة ثبت عقده.

وقال ابن حمزة إن كان العبد مكتوباً فالتفقه في كسبه، وإلا فعل السيد والأصح الأول، لما قلناه.

قوله: (ولو زوجها الوكيلان أو الأخوان مع الوكالة صح عقد السابق، وإن دخلت بالثاني فرق بينهما ولزم المهر مع الجهل ولحق به الولد واعتدت وردت بعدها إلى الأول، ولو انعقا بطلا ولا مهر ولا ميراث، وقيل: يحكم بعقد أكبر الأخوين، ولو كانا فصوليين استحب لها اجازة عقد الأكبر، ولها أن تختار عقد الآخر).

لو زوج المرأة وكيلان لها في السكاح أو أحواها مع الوكالة لها أيضا - وإنها أفردتها بالذكر مع تدرجها في مطلق الوكيلين لعرض حكاية الخلاف الواقع في تزويج الأخوين - فإن سبق أحد العقدين صح لا محالة وبطل اللاحق، فإن دخلت بالثاني وهو ذو العقد اللاحق فرق بينهما إذ ليست بروجة له.

ثم إن كانت المرأة جاهلة بالحل أو بالتحريم ثبت لها بوطء الشبهة مهر المثل ولحق الولد بالواطئ مع جهله بالحل أو بالتحريم، ولو علمت هي كانت زانية فلا مهر لها، ولو علم هو فهو زان فلا ولد له، ومتى تحقق جهلها أو جهله اعتدت، لأن البوطء شبهة على التقديرين، فتعتمد عدة الطلاق ثم ترد بعدها إلى الأول.

ولو زوجته الأم فرضي صح، وإن رد بطل، وقيل: يلزمها المهر، ويحمل على ادعاء الوكالة.

ولو اتفق العقدان باقبول بطلا، لا متناع المحكم بصحتها لتساويهما، ولصحة أحدهما دون الآخر ترجيح من غير مرجح، فتعين بطلانها.

وقال الشيخ في النهاية: يحكم بعقد أكبر لاختوين إذا كان العاقد الأخوين^(١)، وتبعه ابن البراق^(٢) وابن حمزة^(٣) تعويلاً على روية وليد بن عبيد بن أسفاط، قال سئل الصادق عليه السلام وأما عده عن حارية كان لها أخوان زوجها الأكبر بالكوفة وروحها الأصغر بأرض أخرى؟ قال «لأول أحق بها إلا أن يكون الآخر قد دخل بها، فإن دخل بها فهي امرأته ونكاحها جائز»^(٤).

وحملها الشيخ على لزوم العقدتين معاً، مع كون الأخوين وكيلين، وتنزيلها على أنها غصوليان، وأن المراد بكون الأول أحق بها أحقية أفصلية واستصحاب - بمعنى: أنه يستحب لها إحالة عقده - ألحق بأصول المذهب.

ومتى حصل الدخول بأحدهما تعين نكاحه، فإن الدخول بحب صباه عن التحريم ما أمكن، فيكون محسوباً بإجارة، ومنه يظهر وجه قوله: (ولو دخلت بأحدهما قبل الإجازة ثبت عقده).

وباقى أقسام المسألة - وهو: اشتباه السابق أو السبق - سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى.

قوله: (ولو زوجته الأم فرضي صح وإن رد بطل، وقيل: يلزمها المهر ويحمل على ادعاء الوكالة).

(١) النهاية: ٤٦٦.

(٢) المذهب: ١٩٥٠٢.

(٣) الوسيلة: ٣٥٤.

(٤) الكافي: ٣٩٦:٥ حديث ٧، التهذيب: ٢٨٧٧ حديث ١٥٥٣، الاستبصار: ٢٣٩٣ حديث ٨٥٨.

ولو قال بعد العقد: روجك الفضولي من غير إذن، وادعته، حكم

للأصحاب في هذه المسألة قولان أحدهما - قول المصنف، وهو اختيار أكثر المتأخرين^(١) - أن الأم إذا تزوجت بها فصوباً فلم يرص بالعقد يبطل من رأس، وهو الأصح، فإن ذلك حكم العقد الفصولي.

والقائل بالمروم المهر هو الشيخ^(٢) وابن الدراج^(٣)، لما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام أنه سأل عن رجل روجته أمه وهو غائب؟ قال: «الكاح جائز إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك، فإن ترك لمزوج فالمهر لأمه»^(٤).

وحملها المصنف على ادعاء الأم، ولو كالة مع إنكار الولد وعدم الثبوت، فإنها تضمن المهر، لأنها قد هونت على الزوجة عوض البضع وغرقتها بدعوى الوكالة^(٥).

وهذا الحمل مع كونه خلاف لظاهر لا يستقيم، فإن عوض البضع إنما يضمن بالاستيفاء على وجه مخصوص، وهو منفرد، وقد سبق تحقيق ذلك في الوكالة وأن الأصح عدم وجوب المهر على الوكيل إلا مع الصمان، فيمكن حمل الرواية هنا على ذلك.

واعلم أن في قول المصنف (ويحمل على ادعاء الوكالة) مناقشة، لأن ظاهره أن الحمل لهذا القول، وليس بجيد، لأن هذا القول لا ضرورة إلى حمله على خلاف مراد قائله مع تصريحه بمراده، والظاهر أن مراد المصنف حمل مستند هذا القول على ذلك، لكن العبارة لا تساعد عليه.

قوله: (ولو قال بعد العقد: روجك الفضولي من غير إذن، وادعته

(١) منهم فخر المحققين في الإيضاح ٢: ٢٢٠، واستشهد في الملحة ١٨٧.

(٢) النهاية: ٤٦٨.

(٣) لمهذب ٢: ١٩٦.

(٤) النكاح ٤٠٦: ٥ حديث ٢. تهذيب ٣٧٦: ٧ حديث ١٥٢٣.

(٥) المحقق: ٥٢٨.

بقولها مع اليمين.

ولو ادعى اذنها فانكرت قبل الدخول قدم قولها مع اليمين، فإن نكلت حلف الروح وثبت العقد، وبعده الأقرب تقديم قوله لدلالة التمكين عليه.

حكم بقولها مع اليمين، ولو ادعى دنها فانكرت قبل الدخول قدم قولها مع اليمين، فإن نكلت حلف الزوج وثبت العقد، وبعده الأقرب تقديم قوله لدلالة التمكين عليه).

أى. لو قال الزوج لمباشر بالعقد بعد صدوره للروحة ووجك الفصولي من غير ادن منك، وادعت هي سبق الاذن على العقد وصدوره بالوكالة منها قدم قولها مع اليمين، لأن الأصل في العقد - لدي قد تصادقا على وقوعه ومباشرة الروح إياه ولزومه من طرفه - الصحة واللزم، فالأصل في جانب المرأة، والزوج يدعي حلقه فعليه البينة، ومع عدمها فعليها ليمين، ولأن العقد من طرفه شرعي، وبب الرأع فيه من طرفها، فيقدم قولها، لأنه مستند إليها

ويتحقق تصوير المسألة بما إذ ظهر منها بعد العقد بلا فصل ما يدل على عدم لرضى بالنكاح، فانه لو لم يقدم قولها كان النكاح فاسداً، إذ لو كان فضولياً لكان ذلك رداً ونحو ذلك

ولو ادعى الزوج في هذه الصورة اذنها في العقد الذي عفته ريد، وانكرت هي ذلك قدم قولها بيمينها، لأن الأصل عدم الاذن.

فان قيل: الأصل في العقد الصحة واللزم، فيكون القول قوله هنا.

فلنا: الأصل في العقد لدي اعترف المدعي بشرعيته من طرفه اللزم والصحة، حيث أن الاختلاف في المستند إلى مرة، وهي تدعي صحته من جانبها أيضاً، وهي

ولكل ولي ايقاع العقد مباشرة وتوكيلاً، فإن وكل عين له الزوج وهل له جعل المشيئة إليه؟ الأقوى ذلك.

أعترف بحال فعلها، والعمل لمسوب إبيها باعترافها، بخلاف فعل العير الذي أنكرت صدوره عنها، فإن الأصل عدم الادن فيه وعدم كونه مستنداً إليها. فإن نكلت عن اليمين في الصورة لأخيرة حلف الزوج وثبت العقد باليمين المردودة.

وهذا الحكم في الصورة الأخيرة إنه إذا كان الترع قبل الدخول، أما إذا كان بعده، فإن الأقرب تقديم قول الزوج بمسبه، لأن الدخول مكذب لدعواها، فيرجح حانبه، ويحصل العدم، لعموم: **وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**، وضعفه ظاهر. وفي حواشي شيخنا الشهيد بناء الحكم على تعسر المدعي بأنه يدعي خلاف الظاهر، أما إذا فسره بأنه يدعي خلاف الأصل توجه الاحتمال الآخر، ويؤيده دعواها كون الدخول شبهة، وهذا ضعيف جداً، لأن الأصل في فعل المسلم كونه شرعياً، ووطء الشبهة وإن لم يكن فيه إثم، إلا أنه ليس شرعياً، لأنه وطء من لا يستحق وطؤه.

قوله: (ولكل ولي ايقاع العقد مباشرة وتوكيلاً، فإن وكل عين له الزوج، وهل له جعل المشيئة؟ الأقوى ذلك).

لا ريب أن للولي الاجباري التوكيل في ايقاع عقد النكاح كما أن له مباشرته بنفسه، لأن ذلك مما جرت العادة بالتوكيل فيه، وقد تدعو إليه حاجة كاستحياء لولي من مباشرة العقد، فصح توكيله فيه كغيره من التصرفات التي جرت العادة بالتوكيل فيها، بل هنا أولى لما قلناه من لزوم الحياء.

فاذا وكل ويجب أن يعين للوكيل الزوج، لوجوب مراعاة القبطة والمصلحة على الوكيل، ولم يذكر وجوب تعيين المهر احالة على وجوب مراعاة مهر المثل على الوكيل،

ولو قالت الرشيدة: زوجني ممن شئت لم يزوج إلا من كفه، ولتقل المرأة أو وليها لوكيل الزوج أو وليه: زوجت من فلان، ولا تقول: منك، ويقول الوكيل: قبلت لفلان، ولو قال قبلت الأقرب الاكتفاء.
ولو قالت: زوجت منك، فقال: قبلت ونوى عن موكله لم يقع

كما يراعي في بيع أموالها ثمن المثل.

وهل للولي أن يجعل المشيئة في تعيين الزوج إلى الوكيل؟ فيه قولان، أقواهما عند المصنف أن له ذلك للأصل ولأن لولي لا يجوز له أن يفوض ذلك إلا إلى من له أهلية النظر والمعرفة في طرق المصلحة، وإذا تحقق ذلك حصل المطلوب وانقضى المانع، وهو الأصح.

والآخر - واختاره الشيخ في المبسوط^(١) - المنع، لأن النظر إلى الولي، فلا يتسلط على تفويضه إلى غيره.

ويضعف بأن ما حرت العادة في التوكيل فيه تصح الاستتابة فيه، والمراد بالولي هنا الولي الاجباري كالأب ولحد، أما من كانت ولايته مشتركة بينه وبين المرأة فانه لا يزوجه إلا بأذنها، فهو كالوكيل لا يוכל إلا بالأذن.

قوله: (ولو قالت الرشيدة: زوجني بمن شئت، لم تزوج إلا من كفه لوجوب حمل الاطلاق والعموم على ما لا يخالف المصلحة، والتزويج بغير كفه خلاف المصلحة.

قوله: (ولتقل المرأة أو وليها لوكيل الزوج أو وكيله: زوجت من فلان، ولا تقول: منك، ويقول الوكيل قبلت لفلان، ولو قال: قبلت، فالأقرب الاكتفاء، ولو قالت: زوجت منك، فقال: قبلت ونوى عن موكله، لم يقع

للموكل، بخلاف البيع.

للموكل، بخلاف البيع).

إذا كان العاقد المرأة أو وليها ولو بالوكالة مع وكيل الزوج تعين في الإيجاب: زوجت نفسي أو فلانة من موكلك فلان، أو تقتصر على فلان، ولا يجوز: زوجت نفسي منك، ويقول الوكيل: قبلت لفلان.

ولو قال في هذه الحالة: قبلت بأمرى به موكله، فالأقرب عند المصنف الاكتفاء، لأن القبول عبارة عن الرضى بالإيجاب السابق، فإذ وقع بعد إيجاب النكاح للموكل كان القبول الواقع بعده رضى به، فيكون للموكل لا محالة، وهو قوي متين. ومحمّل صحيحاً عدم الاكتفاء، لأن النكاح نسبة، فلا تخصص بمعنى إلا بتخصيصه به، فيتوقف على التصريح به.

وعليه مع، لأن كون القبول رضى بالإيجاب لسابق يقتضي التخصيص بمعنى وقع الإيجاب له.

ولو قال العاقد: زوجت نفسي منك، فقال: قبلت وبوى بالنكاح موكله، لم يقع للموكل قطعاً، بخلاف البيع وبحره من العقود، والفرق من وجوه

أ: أن الزوجين في النكاح ركنان بمثابة الثمن والمثمن في البيع، ولا بد من تسميه الثمن والمثمن في البيع، فلا بد من تسمية الزوجين في النكاح.

ب: أن البيع يرد على المال، وهو يقبل النقل من شخص إلى آخر، فلا يمنع أن يخاطب به الوكيل وإن لم يذكر الموكل، والنكاح يرد على البضع، وهو لا يقبل النقل أصلاً، فلا يخاطب به الوكيل إلا مع ذكر الموكل، إذ لا يقع ابتداءً إلا له، ومن ثم لو قبل النكاح وكالة عن غيره فأنكر الموكل، لوكالة بطل ولم يقع للوكيل، بخلاف البيع، فإنه يقع مع انكار الوكيل.

ج: أن الغرض في الأموال متعلق بحصول الاعراض المالية، ولا نظر غالباً إلى خصوصية الأشخاص، وفي النكاح العرص الأصلي متعلق بالأشخاص، فتعين

ويجب على الولي التزويج مع الحاجة.

ولو نسي السابق بالعقد من الوليين على اثنين احتمل القرعة، فيؤمر من لم تقع له بالطلاق، ثم يحدد من وقعت له النكاح واجبار وكل منها على الطلاق.

ويشكل بطلان الطلاق مع الاجبار، ويحتمل فسخ الحاكم.

لتصريح بالزوج.

د: أن البيع يتعلق بالمعاطة دون من كـ العقد، والنكاح بالعكس، ومن ثم لو قال: روجتها من ريد، فقبل له وكيله صح، ولو حلف أن لا يكح فقبل له وكيله حش، ولو حلف لا يشترى فاشترى له وكيله لم يحنث.

قوله: (ويجب على الولي التزويج مع الحاجة)

كما يجب عليه اطعام المولى عنده وسقيه عند الحاجة.

قوله: (ولو نسي السابق بالعقد من الوليين على اثنين، احتمل القرعة فيؤمر من لم تقع له بالطلاق ثم يحدد من وقعت له النكاح، واجبار كل منها على الطلاق ويشكل ببطلان الطلاق مع الاجبار، ويحتمل فسخ الحاكم).

قد سبق حكم ما إذا زوجها لوليان وسبق أحد العقدين وحكم ما إذا اقترنا قبل المطلب الثاني، وهما صورتان، وكذا سبق عن قريب حكم صورتين من صور ما إذا زوجها الوكيلان، وبقي ثلاث صور يذكر حكمها فيما إذا صدر النكاح من الوليين، ومنه يعلم حكم ما إذا صدر من الوكيلين:

أ: أن يعلم السابق من العقدين بخصوصه ثم ينسى.

ب: أن يجهل كيفية وقوعها، فلا يعلم سبق أحدها أم لا.

ج: أن يعلم من أول الأمر أن أحدهما سبق، لكن لم يتعين ولم يتميز، وقد ذكر

المصنف حكمها، ونحن نتبع ما ذكره.

فأما الصورة الأولى فقد ذكر فيها احتمالات ثلاثة

أ: القرعة لأنه أمر مشكل، لعدم بثبوت نكاح أحدهما، ولا طريق إلى استعلامه، والتربص إلى التذكر مع عدم العلم بحصوله فيه إضرار بالمرأة، وقد قالوا عليهم السلام: في كل أمر مشكل القرعة^(١).

فإذا أقرع بينهما، فمن أخرجته لقرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يؤمر هو بتجديد النكاح، فإن كانت زوجته في الواقع لم يضره تجديد النكاح، وإن كانت زوجة الآخر بانت بطلانه وصارت زوجة لآخر بالعقد الثاني [

وإنما لم يكتب بالقرعة لأنها تعيد بمير الحقوق عند التساوي: كالسفر بأحدى نسائه والبداء بالميسر عند إحداهن، وتعيين الأنصاء في الفسقة، وتعيين العق

ب اختيار كل منهما على الطلاق، لدفع الضرر للام على المرأة.

واستشكله المصنف ببطال الطلاق مع إيجاب، ويمكن أن يريد المصنف تعلق الاشكال بالاحتمال، فإن الأمر بالطلاق في الاحتمال الأول إنما هو على طريق الاجبار، وإلا فلا فائدة فيه مع الامتناع، ولضرورة بحالها

وجواب هذا الاشكال: أنه إذا ثبت بالدليل جوار الاجبار شرعاً لم يقدم في صحة لطلاق، لأن صدور الفعل بالاجبار لشرعي بمرله صدوره اختياراً، كما يجبر الكافر على بيع عبده إذا أسلم، وكما يجبر المصنع على أداء الزكاة فيعتبر دفعه وتعيينه، وكما يجبر المديون على بيع ماله ودفع ثمنه في الدين، ويمكن الاحتجاج لذلك بقوله تعالى ﴿فأما ساكنة بمعروف أو تسريع بإحسان﴾^(٢) فإن الامساك بالمعروف متعذر هنا، فتعين التسريع بالإحسان، فإذا امتنع أحبر عليه.

ج. فسخ الحاكم النكاح بالسب، إلى كل منهما، لأن فيه دفع الضرر، مع السلامة

(١) المقبه ٥٢٣ حديث ١٧٤ تهذيب ٦ ٢٤٠ حديث ٥٩٣

(٢) البقرة ٢٢٩

ولو اختارت نكاح أحدهما فالأقرب أنه يحدد نكاحه بعد فسخ الآخر،

من ارتكاب الاجبار في الطلاق - وقد أطلقوا بطلانه بالاكراه - ومن القرعة التي لا مجال لها في الأمور التي هي مساط لا احتياط لتام، وهي الأنكحة التي يتعلق بها الأنساب والارث ولتحريم والمحرمية، وبصا فان توسط القرعة على الاحتمال الأول لا فائدة فيه، لأنها كانت طريقاً إلى تعيين الزوج لم يحتاج معها إلى تطليق الآخر وتحديد نكاح من حرحت له، وإلا فوجودها كعدمها.

فان قيل: فائدة تعيين الزوج بالطلاق

قلنا أمر الآخر بالطلاق مناف لما دلت عليه القرعة، لأن الخارج بها كونه غير روح، فلا وجه لأمره بالطلاق حينئذ، وهذا الاحتمال الأخير لا بأس به قوله: (ولو اختارت نكاح أحدهما فالأقرب أنه يحدد نكاحه بعد فسخ الآخر).

هذا متصل بالاحتمال الثالث، أي وعلى القول بفسخ الحاكم النكاحين لو اختارت نكاح أحدهما قبل الفسخ، فالأقرب أنه لا بد من تحديد نكاحه بعد فسخ الحاكم النكاح الآخر، من غير احتياج إلى فسخ نكاح المختار. ووجه لقرب في الأمر الأول أن مجرد الاختيار منها لا يصير من اختارته زوجاً لها، إذ الزوجية بها تكون بالمعد، وعقده غير معوم الصحة للشك في سببه، ولا تتحقق صحته إلا إذا كان سابقاً

وفي وجه ضعيف - وهو قول لبعض العامة - أن اختيارها كافٍ في ثبوت الزوجية للمختار، للعلم بثبوت عقده، ولم يعلم ما يباهيه، وعقد الآخر تنقش بالفسخ وليس بشيء، لأن أحدهما ليس بروح قطعاً، والاختيار لا يصير من ليس

فإن أثبت الاختيار لم تجبر. وكذا لو أثبت نكاح من وقعت له القرعة؛
لعدم العلم بأنه زوج

بزواج زوجاً.

ووجه القرب في الأمر الثاني - وهو عدم الاحتياج إلى فسخ نكاح المختار - أنه إن كان زوجاً سبق نكاحه في الواقع فهو المطلوب والعقد المحدد لاغ ولا مقتضي للفسخ حينئذ. وإن لم يكن زوجاً في الواقع فأظهر، إذ لا معنى لفسخ نكاح من لا نكاح له.

ويحتمل صحيفاً الاحتياج إليه، لعدم تأثير العقد الثاني، إذ لولاه لكان واقعاً في التردد، فلا يؤثر على تقدير الاحتياج إليه.

وليس بشيء، لأن هذا المقدار من الخزم كاف، حيث لم يعلم الحال في نفس الأمر، ولو أثر ذلك في العقد لأثر في المصحح، لعدم العلم بالنكاح، لتحقيق الحرم بفسحه واعلم: أن ظاهر قوله: (ولو اختارت) أن هذا لاختيار ناشيء عنها ابتداءً، إلا أنه يلوح من قوله فيها بعد: (فإن أثبت الاختيار لم تجبر) أن الحاكم يجبرها، ولا بأس به

قوله: (فإن أثبت الاختيار لم تجبر، وكذا لو أثبت نكاح من وقعت له القرعة، لعدم العلم بأنه زوج)

لما لم يكن أحدهما يعينه معلوم النكاح لم تجبر المرأة على اختيار واحد، إذ لا طريق إلى العلم بكون من تختاره هو الزوج، وكذا القول فيمن أخرجته القرعة، فإنه لا يكون بذلك زوجاً، إذ لا بد على القول به من تجديد نكاحه وفسخ نكاح الآخر، ولو كان زوجاً في نظر الشارع لم يحتاج إلى ذلك.

واعلم: أن المصنف لو اعتبر اختيارها في تحتم المصحح بالسببية إلى من لم تختار - كما اعتبر القرعة في تحتم الأمر بالطلاق لمن لم يخرجها على الاحتمال - لأمكن

وكذا لو جهل كيفية وقوعها، أو علم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه،

قوله: (وكذا لو جهل كيفية وقوعها، أو علم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه).

هاتان هما صورتان الباقيتان من صور المسألة الخمس، وهي: ما إذا جهل كيفية وقوع العقدين فلم يعلم اقترانهما أو سبق واحد، وما إذا علم أن أحدهما سابق على الآخر في الجملة ولم يعلم السابق أصلاً.

وظاهر العبارة أن حكمهما^(١) حكم الصورة المتقدمة، فيطرد في كل منها الاحتمالات لثلاثة

والشيخ في المبسوط حكم بطلان النكاح في هاتين صورتين، إذ لا سبيل إلى معرفة الصحيح منها، وحكم في الصورة المتقدمة بأنه يوقف النكاح إلى أن يستبين الحال، لأنه أمر مشكل يرحى زواله بالتذكر^(٢).

والشافعي حكم بالبطلان مع شتباه السبق والمعية، وهو ظاهر مذهبه فيها إذا علم واحد منها ولم يتبين، كما إذا علم سبق إحدى الجمعتين^(٣) ولم يتبين، فإن أحد القولين عندهم الحكم بالبطلان ووجوب استئنافها، وبعض أصحابه ذهب إلى الفرق بين النكاح والجمعة، لأن الجمعة إذا صحت لم يدحها البطلان، بخلاف النكاح، فإن أسباب الفسخ تلحقه^(٤).

وظاهر اختيار المصنف في الدكرة فيما إذا سبي السابق من لعقدين بعد العلم به، أنه يوقف الحال إلى التذكر^(٥) - كمختار الشيخ - ولا بأس به إن لم يتصور ضرر

(١) في (ش) و(ص) حكمهما، والمنبئ من السجدة المحررة

(٢) المبسوط ٤: ١٨١

(٣) في (ش) وهو ظاهر مذهبه فيما إذا علم سبق إحدى الجمعتين، والمنبئ هو الأول لموافقته لمذهب الشافعي.

(٤) الوجيز ٩، ٢، المجموع ١٦، ١٩١

(٥) تذكرة الفقهاء ٥٩٧، ٢.

وعليهما النفقة الى حين الطلاق على اشكال.

على المرأة، وإلا فالمختار مسح الحاكم على ما سبق
واعلم أن هذا إنما هو إذا عقد الولين على نس، فإن عقداً لواحد كان عقداً
معه ومع وكيله، فإن سبق واحد فلا بحث، وإن اقترنا فأظهر الوجهين صحة العقدین،
وفاقاً للمصنف في التذكرة^(١)، ويتقوى كل من الحاسبين بالآخر، وكذا القبولان، وهذا
واضح إذا اتفق المسميان جساً وقدرأ وصفة، فإن احتكما احتمل صحة الكاح وبطلان
الصداق، إذ ليس شرطاً لصحة لنكاح، وقضية إطلاق كلام المصنف في التذكرة
الصحة

قوله: (وعليهما النفقة إلى حين الطلاق على إشكال).

ظاهر العبارة أن الاشكال في وجوب النفقة في كل واحد من الصور الثلاث،
وقد حصى الشارحان ذلك بما إذا علم سبق أحدهما وجهل تعيينه^(٢)، وهو خلاف ظاهر
العبارة، إلا أن لاشكال ضعيف حد فيه، إذ جهل لسبق والاقتران.

ومشأ الاشكال من أن النفقة مشروطة بالزوجية مع التمكين التام، والتمكين
منتف، وروحية كل منها مشكوك فيها، مع لقطع باستفائها عن واحد في الواقع ومن
حريان صورة العقد وعدم الشورى، وكونها في جسها، ولأن التمكين حاصل من
طرفها، لأنه المأروس، والمانع شرعي، ودم يتمتع الزوج منها وانحصر فيها لم يكن
بد من وجوبها عليهما، لانتفاء الترجيح.

فإن قلنا بالتوزيع فاتفق ثم انكشف الحال، ففي رجوع من ليس بزواج
وجهان:

أحدهما: العدم، لأنه اتفاق بحكم الشارع.

والأقوى الرجوع، إذ قد تبين أنه اتفاق غير مستحق مع عدم التبرع.

(١) التذكرة ٢: ٥٩٧.

(٢) إيضاح العوائد ٣٧٣.

ولو امتنعا من الطلاق احتمل حبسها عليه وفسخ الحاكم أو المرأة.

قال في التذكرة^(١): وأما المهر فلا يطالب به واحد منهما، لمكان الاشتباه، ولا سبيل إلى إلزام مهرين، ولا إلى قسمة لمهر عليهما
قلت: الفرق بين المهر والنفقة غير واضح، ويمكن الفرق: بأن النفقة وجهت، لأن المرأة محبوسة لكاحها، بخلاف المهر، فإنه عوض النكاح الصحيح، وليس بمعلوم.

فرع: لو مات أحد الزوجين مع السبق وقفاً من تركته ميراث روجة، ولو ماتت هي وقفاً ميراث روج إلى الصديق أو وضوح الحال
قوله: (ولو امتنعا من الطلاق احتمل حبسها عليه، وفسخ الحاكم، أو المرأة).

أي: لو امتنعا من الطلاق في كل موضع يؤمران فيه بالطلاق شرعاً وبحران عليه، ففيه احتمالات:

أحدهما: حبسها عليه، لأنه حق لأبى مطالب به.
الثاني: تولي الحاكم الفسخ، لبطان الطلاق مع الاجبار، فلا سبيل إلى دفع الضرر إلا بالفسخ.

الثالث: تسلط المرأة على الفسخ، لأنها تتسلط على الفسخ بالعيب فهنا أولى، لأن ضرره أشد.

وربما نزلت العبارة على أن في الحكم احتمالين فقط:
أحدهما: حبس الحاكم إياهما أو فسخه عليهما مخيراً في ذلك، كما يتخير في حبس الممتنع من أداء الدين حتى يوفي، واستقلاله هو بالأخذ من أمواله ما يوفي به الدين.

والثاني: فسخ المرأة.

وعلى كل تقدير ففي ثبوت نصف المهر إشكال ينشأ: من أنه طلاق قبل الدخول، ومن إيقاعه بالاجبار، فأشبهه فسخ العيب، فإن أوجبناه افتقر إلى القرعة في تعيين المستحق عليه.

وهذا حسن^(١) والعبارة لا تأباه، إلا أن ما تقدم في أول الكلام - من جعل الاجبار على الطلاق احتيالاً وفسح المحكم احتيالاً آخر - يخالف هذا، وكيف كان ففسح المحاكم لا بأس به.

ومما يرجع التنزيل الثاني: أن الحكم بالقسح إذا كان قراراً من الاجبار على الطلاق، فكيف يجوز بناؤه على الاحتمال والامساح، ثم تسلط المرأة على الفسخ بعد ولا يحمي أنه على قول الشيخ مطلق النكاحين^(٢) فلا حاجة إلى طلاق، ولو تروحت المرأة على قوله ثم علم الحال وتعين السابق فلا حكم له عنده.

قوله: (وعلى كل تقدير ففي ثبوت نصف المهر إشكال، ينشأ: من أنه طلاق قبل الدخول، ومن إيقاعه بالاجبار فأشبهه فسخ العيب، فإن أوجبناه افتقر إلى القرعة في تعيين المستحق عليه).

وعلى كل تقدير من التقديرات السابقة التي يقع فيها الطلاق اجباراً - إما مع الحيس، أو بدونها مع القرعة، أو بدونها - ففي ثبوت نصف المهر إشكال، ينشأ: من أنه طلاق قبل الدخول، فيندرج في عموم قوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾^(٣) ومن إيقاعه بالاجبار، فأشبهه الفسخ بالعيب، فلا يجب به شيء. فإن أوجبناه افتقر إلى القرعة في تعيين المستحق عليه، للاشتباه.

(١) في «ص»: أحسن

(٢) المبسوط ٤: ١٨٦

(٣) البقرة: ٢٣٧

• ولو ادعى كل منها السبق وعمها ولا بينة، فإن أنكرت العلم حلفت على نفيه، فيسقط دعواهما عنها ويبقى التداعي بينهما. ولو أنكرت السبق حلفت وبحكم بفساد العقدين، ولا يبقى التداعي بينهما، فإن نكلت ردت عليهما، فإن حلفا معاً بطل النكاحان أيضاً.

وهنا مباحث:

أ. أن ظاهر تعليل المصنف الثاني من وجهي الاشكال يقتضي أن موضع الاشكال إنما هو إذا حصل الطلاق بالإيجاب، كما قررناه في أول تصوير المسألة، وظاهر أول العبارة أعم من ذلك، فإن قوله: (وعلى كل تقدير) ظاهره يتناول الطلاق بالاختيار ومسح المرأة ومسح المحاكم، والاشكال قائم في المواضع كلها، لأن الاشتباه يمسح المطالبه وتعيين المديون بالمهر بالقرعة محل توقف، لأن وحيه أثر النكاح، إلا أن الفسخ من المرأة، لكونه قبل الدخول، وقد يقال لا يجب معه مهر كالرّد.

ب. العبارة تتناول طلاق من أخرجته القرعة بالإيجاب، وإيجاب نصف المهر عليه بعيد جداً، لأنه ليس بروح علماً ولا ظناً، ولا سبيل إلى القرعة ثانياً لأجل المهر هنا، لمناقاتها القرعة الأولى على تقدير إحراج القرعة الثانية غير من أخرجته الأولى.

ج. الظاهر من قول المصنف: (معي ثبوت نصف المهر) ثبوت نصف المسمى، وهو واضح إذا اتحد المسميان جنساً وقدرأ وصفة، أما مع الاختلاف فالأمر اشكل، واعتبار القرعة فيه محل تأمل، ولتوقف في ذلك كنه طريق السلامة

قوله: (ولو ادعى كل منها السبق وعلمها ولا بينة، فإن أنكرت العلم حلفت على نفيه، فتسقط دعواهما عنها ويبقى التداعي بينهما، ولو أنكرت السبق حلفت وبحكم بفساد العقدين.

وإن نكلت ردت عليهما، فإن حلفا معاً بطل النكاحان أيضاً.

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكمت بصحة نكاح الحالف، وإن اعترفت لهما دفعة احتمل الحكم بفساد العقدين والأقرب مطالبتها بجواب مسموع، لأنها أجابت بسبق كل منهما، وهو محال.

وإن اعترفت لأحدهما ثبت نكاحه على اشكال ينشأ من كون الخصم هو الزوج الآخر.

وهل تحلف للآخر؟ فيه اشكال ينشأ من وجوب غرمها بمهر المثل للثاني لو اعترفت له، وعدمه (وكذا لو ادعى زوجها اثبات ما اعترفت لأحدهما ثم للآخر).

فإن أوجبنا اليمين حلف على نفي العلم، فإن نكلت حلف الآخر فإن قلنا: اليمين مع النكول كاليمين، أسرع من الأول لدناي، لأن البيعة أقوى من اقرارها.

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكمت بصحة نكاح الحالف وإن اعترفت لهما دفعة حتمل الحكم بفساد العقدين، والأقرب مطالبتها بجواب مسموع، لأنها أجابت بسبق كل منهما، وهو محال وإن اعترفت لأحدهما ثبت نكاحه على إشكال، ينشأ من كون الخصم هو الزوج الآخر، وهل تحلف للآخر؟ إشكال، ينشأ من وجوب غرمها لمهر المثل للثاني لو اعترفت له، وعدمه وكذا لو ادعى زوجها اثبات ما اعترفت لأحدهما ثم للآخر، فإن أوجبنا اليمين حلفت على نفي العلم، فإن نكلت حلف الآخر، فإن قلنا اليمين مع النكول كالبيعة انتزعت من الأول للثاني، لأن البيعة أقوى من

وإن جعلناه اقراراً ثبت نكاح الأول وغرمت للثاني على اشكال.

اقرارها، وإن جعلناه اقراراً ثبت نكاح الأول وغرمت للثاني على إشكال).
هذا من أحكام مسألة عقد الوليين لرحبين، وتحقيقه. أنه إذا ادعى كل من
المعقود لهما على المعقود عليها سبق عقده على عقد الآخر لم تتحقق لدعوى عليها
حتى يدعيها انهم بالسبق، لأن ذلك فعل الغير، فإذا ادعى عليها والعرض أنه
لا يثبت، فلا يخلو إما أن تحجب بانكار يعلم بالسبق، أو العلم بعدم سبق واحد
ففي الأول تخلف لكل منهما على من علمها بسبق عقده، فتسقط دعواهما
عنها ويبقى التداعي بينهما، كما لو ادعى أحدهما يد ثالث واحلفاه على من العلم
بالمسحق

وفي الثاني تخلف لكل منهما على عدم سبق عقده، فينتهي سبقها بيمينها، وبحكم
بفساد العقدين، لاقتضاء اليمين اقراراً

وإن نكحت عن اليمين لكل منهما رد اليمين عليها، فإذا حلف كل منهما على
وفق دعواه بطل النكاحان أيضاً، للثبوت مع، وكذا لو بكلا.
ولو حدثت لواحد وبكل عن ليمين للآخر فحلف هو بالرد وثبت نكاحه،
وكذا لو نكحت هي عن اليمين لها وحلف أحدهم وبكل الآخر، لثبوت دعواه بيمينته
من غير معارض.

وإن اعترفت لها دفعة كإن قاس نكاح كل منهما سابق، فهي المسألة احتمالان
أحدهما: المحكم بفساد العقدين بتدافعها، وفساده ظاهراً، لأن اقرارها ليس
حجة عليها، مع أن هذا الامر معلوم الفساد، لأن سبق كل منهما محال، فتطالب
بجواب مسموع، وهذا الاحتمال الثاني، وهو الأمر عند المصنف وعليه الفتوى.

وهال لشارح الفاصلة هذه المسألة مبسطة على المسألة الآتية. أنها لو
اعترفت لأحدهما هل يثبت نكاحه؟ وإن ثبت كان اقرارها موجباً لثبوته فقد وقع
موجب ثبوت كل واحد منهما مع موجب ثبوت الآخر، فكان كالعقد فنشأ الاحتمال

الأول^(١).

وليس بجيد هذا البناء، لأن الذي سيأتي هو احتمال ثبوت نكاح أحدهما إذا اعترفت له خاصة بالسبق لا مطلقاً، وقد حكم المصنف في التذكرة بأن هذا الاحتمال غلط^(٢).

وإن اعترفت لأحدهما بسبق عقده ثبت نكاحه على إشكال، ينشأ: من أن الخصم في ذلك هو الزوج الآخر، وقد ثبت له عليها حق باعتباره تحقق صدور عقد نكاح صحيح يحتمل أن يكون نكاحه، فلا يبعد اقرارها لمخالفه، فلا يقبل اقرارها في إبطال حقه، كما لو اقرت عليه بطلاق.

ومن أنها أقرت للمدعي بها أدعاء عليها فوجب أن يسمع اقرارها، عملاً بعموم قوله عليه السلام «اقرار العلاء على انفسهم حائز»^(٣) كما لو ادعى زوجيتها رحلان فاقرت لأحدهما، وكما لو ادعى ابن عينا في يد ثالث فصدق أحدهما، وهذا أقوى، وهو مختار المصنف في التذكرة^(٤).

وصعب الأول ظاهر، لأن عقد الآخر لم يجعل له سلطة عليها، لأنها مشروطة بكونه سابقاً، والشرط مجهول، وحيث لم يكن له عليها سلطنة لم تمنع اقرارها لغيره، كما إذا ادعى زوجيتها من أول الأمر فأقرت لأحدهما.

وحينئذ فهل تخلف للآخر على نفي العلم بالسبق، أو على عدم سبق على حسب جوابها؟ فيه إشكال، ينشأ من: تردد في وجوب غرمها لمهر المثل لثاني لو اعترفت له، وعدمه.

(١) بصاح العوائد ٣٩٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ٥٩٨:٢.

(٣) عوالي اللآلي ٢٥٧٢ حديث ٥.

(٤) تذكرة ٥٩٨:٢.

والحاصل أن الاشكال في توجه اليمين هنا مبني على الاشكال في القرم لو
أقرت للثاني بعد الاقرار الأول، ووجه البناء أن اليمين إنما يتوجه على المسكر مع
العائدة، وإنما يتحقق إذا كان بحيث لو أقر لمع اقراره
ولو نكلت هردت اليمين على مدعي محلف ستحق شيئاً، فإن غاية مطالبته
باليمين أن يقر أو يكل، وإذا انتف العائدة على التقديرين لم يكن لليمين فائدة
أصلاً، فلم يتوجه.

ولا يخفى أنه لو ذكر في شيئاً لاشكال حصول العائدة لو أقرت أو نكلت -
ليشمل حكم ما إذا نكلت محلف بالرد، وهب أن المردودة كالبينة، وأنها تقتضي
تراجع الروجة على ما ذكره المصنف - فكان أولى: لأن مقتضى ما ذكره بوجه اليمين
على تقدير ثبوت الحرم مع الاقرار خاصة، وليس كذلك

إذا عرفت ذلك فاعلم أن في الحرم في هذه الصورة وأمثالها قولين، قد نعدم
ذكرهما قبل الفصل الثاني، وأن ثبوت الحرم لا يأس به، كما إذا أقر بعين لريد ثم أقر
بها لعمرو، فلا حاجة إلى إعادتها، وسيأتيان بعد ذلك أيضاً إن شاء الله تعالى

ومثله في ثبوت التردد في الحرم ما إذا ادعى روجيتها اثنان فاعترفت لأحدهما،
فانه يثبت نكاحه على ما سبق، فإذا اعترفت بعد ذلك للآخر فهي وحبب غرمها لغير
المثل - بسبب تفويتها حقه من البضع بإقرارها للأول - القولان، وإلى هذا أشار بقوله:
(وكذا لو ادعى روجيتها اثنان فاعترفت لأحدهما ثم للآخر)^(١).

وأما قوله: (فإن أوجب اليمين) فإنه من أحكام قوله: (وهل تحلف للآخر؟
فيه اشكال) وما وقع في اليمين معترض، فإن أوجبها اليمين إذا طلبه الروح الآخر
حلفت على نفي العلم، بمعنى أنها لا تكلف البينة.

(١) في «ش» جاء بعده لا يخفى - قوله - وكذا لو ادعى روجيتها (المباذمة) في وحبب غرمها
اشكالاً، وليس بمراد ولم ترد هذه العبارة في «ص».

ولو علمت بالحال حلفت على البت على ما سبق، فإن نكلت حلف الزوج الآخر.

ثم ينظر فإن جعلنا اليمين المردودة كالبيئة انترعت من الأول وسلمت إلى الثاني، لأن البيئة أقوى من اقرارها

ويشكل بأن اليمين المردودة وإن جعلت كالبيئة فإنها يجعل مشها في حق المحالف والماكل لا في حق شخص آخر، لاستفاء الدليل على ذلك، فإن اليمين المردودة لما كانت حجة للمدعي فهي إما كالبينة أو كالمقرر الخصم، لأن حجته دائره بين الأمرين، وإذا كانت كالبيئة فكأنها مشها في حقه وحق غيره لا يدل عليه دليل. وسيأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى في كتاب القضاء

وإن جعلنا المردودة كالامرار استمر نكاح الثاني، لأن الاعرار الطارىء لا يربط حكم السابق، وفي عزمها مهر المثل لثاني الاشكال السابق، إذا قلنا ليمين المردودة كالاقرار - ربما يشترط أن يحملها دفعة، وإلا لكان حلف الثاني كالاقرار لثاني بعد الاقرار للأول، فلا يؤثر إلا عزم مهر المثل - قلنا بالعزم في نظامه.

واعلم: أن هذه دعوى واحدة متضمنة لدعويين، فذلك سمعنا معاً، فإن ثبوت أيها كانت تقتضي نفي الأخرى.

وقد ذهب بعض العامة إلى أنها إذا تكررت اسبق حلفت لها معاً يميناً واحدة إن كانا حاضرين في مجلس الحكم ورضيا باليمين الواحدة، ولو حضر أحدهما وادعى فحلفت له ثم حضر الآخر وأراد تحليفها ففي وجوب احابته وحهان عندهم، وأجروا هذا الخلاف في كل شخصين يدعيان شيئاً واحداً^(١).

والظاهر التعدد، لأنها دعويان تضمنتها دعوى واحدة، نعم لو تراخيا بيمين

الباب الثالث: في المحرمات، التحريم إما مؤبد أولاً، فهنا مقصدان:

الأول: في التحريم المؤبد، وسببه إما نسب أو سبب.
القسم الأول: السب، وتحرم به أُم وإن علت، وهي كل أنثى ينتهي إليها نسبه بالولادة ولو بوسائط لأب أو لام.
والبت وهي كل من ينتهي إليك نسبها ولو بوسائط وإن نزلت، وبنات الابن وإن نزلن.
والأخت لأب أو لأم أو لهما، وبناتها وبنات أولادها وإن نزلن.

وحدة فلا مشاحة.

فرع: لو ادعى عليها روجيه مطلق ولم يتعرض للسبق ولا لعلمها به، فعليها أن يحجب حواهاً قاطعاً، ولا يكفيها شيء لعلمه بالسابق، لأنها إذا لم تعلم قلها الجواب البات والخلف على أنها ليست زوجة، كم إذا ادعى على إنسان أن أباه أنفق عليه كذا وأراد تغريمه، فالوارث يحلف أنه لا يعلم به، ولو ادعى عليه أن عليه تسليم كذا من التركة حلف على أنه لا يلزمه التسليم.

قوله: (الباب الثالث في المحرمات التحريم إما مؤبد أولاً، فهنا مقصدان:

الأول: في التحريم المؤبد، وسببه إما نسب أو سبب
القسم الأول: السب، وتحرم به أُم وإن علت وهي كل أنثى ينتهي إليها نسبه بالولادة ولو بوسائط لأب أو لأم، والبت وهي كل من ينتهي إليك نسبها ولو بوسائط وإن نزلت، وبنات الابن وإن نزلن، والأخت لأب أو لأم أو لهما، وبناتها وبنات أولادها وإن نزلن.

وبنات الأخ، لأب كان أو لأم أو لهما، وبنات أولاده وإن نزلوا.
 وبنات الأخت لأب أو لأم أو لهما وإن نزلوا.
 والعمة، لأب كانت أو لأم أو لهما وإن علت.
 والمخاللة، لأب كانت أو لأم أو لهما وإن علت، ولا تحرم أولاد الأعمام
 والأخوال.
 والضابطة، أنه يحرم على الرجل أصوله وفروع، وفروع أول أصوله
 وأول فرع من كل أصل وإن علا

وبنات الأخ، لأب كان أو لأم أو لهما، وبنات أولاده وإن نزلوا
 وبنات الأخت لأب أو لأم أو لهما وإن نزلوا.
 والعمة، لأب كانت أو لأم أو لهما وإن علت.
 والمخاللة، لأب كانت أو لأم أو لهما وإن علت، ولا تحرم أولاد الأعمام
 والأخوال.

والضابط: أنه يحرم على الرجل أصوله وفروع، وفروع أول أصوله،
 وأول فرع من كل أصل وإن علا.

المحرمات بنص القرآن في قوله تعالى ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾^١ الآية
 ثلاث عشرة امرأة سبع بالنسب، وثلثان بالزواج، وأربع بالمصاهرة.
 فاما المحرمات بالنسب:

فمنهن الأم وإن علت، وهي كل أم ينتهي إليها نسب الشخص بالولادة،
 بواسطة كان ذلك أم لا، لأب كانت أم لأم
 والبيت، وهي كل أم ينتهي إليها نسبها بالولادة ولو بوسائط وإن نزلت.

١١١ هـ بن المصنفين لم يرد في صحيح جامع بغيره وسبب من خطه بقوله بعد لافتضاء السرح به

لينت كانت أم لابن.

والأخت، وهي كل أنثى ولدها، بواك أو أحدهما.

وبنات أولادها وإن نزلوا.

وبنات الأخ وأولاده وإن نزلوا، لأب كان أم لأم أم لها

والعمة، وهي: كل أنثى هي أخت ذكر ولدك بواسطة أو بغير واسطة، وقد يكون

من جهة الأم، كاخت أبي الأم.

والخاله، وهي: كل أنثى هي أحب أمي ولدتك بواسطة أو بغير واسطة، وقد

تكون من جهة الأب، كأحب أمي.

وقد ضبطهم المصنف بعبارة وجزة وهي أن (محرم على الرجل أصوله وفروعه،

وفروع أول أصوله، وأول فرع من كل أصل وإن علا)

فالأصول: الأمهات، والعروع البنات، وفروع أول الأصول الأخوات

وبناتهن وبنات الأخ، وأول فرع من كل أصل وإن علا الأخوات مرة أخرى

والأحسن تقييده به بمحرمهن، مثل أن يقال وأول فرع من كل أصل بعده،

أي: بعد أول أصوله، وهو الأصل الأول، وهذا مباحث

أ- للفقهاء خلاف مشهور في أن بنات لأولاد بشملهن اسم بنات حقيقة،

وكذا الجدات بالنسبة إلى لفظ الأمهات.

فعلی القول بشمولهن حقيقة ما سبق من تفسير الأم والبنات، وهو المعنى

الحقيقي.

وعلى المختار، وهو تفسير حردهما، وبس هو الحقيقة، بل هو معنى مجازي،

وإن كان اللفظ يقع على البعض حقيقة، لأن مدحور اللفظ هو المعنى الشامل للجميع،

وذلك مجازي لا محالة.

(١) جاء في «حسن» بعد هذا أن علا كبنات وخالات ور غنور نكي يدخل في قوله (ور فرع بعد كل

ويحرم على المرأة ما يحرم على الرجل، كالأب وإن علا، والولد وإن نزل، والأخ وابنه وابن الأخت والعم وإن علا، وكذا الخال والنسب يثبت شرعاً بالنكاح الصحيح والشبهة دون الزنا، لكن

ب: على القول المختار لا حاجة إلى تقييد تفسير الأخت بأنها كل أنثى ولدها أبواك الادتيان، إذ لا يقع الأب على الجد على هذا القول إلا مجازاً.

ج: ذكر في تفسير الأم أنها (كل أنثى ينتهي إليها نسبه بالولادة) ولم يذكر قيد الولادة في البنت، فإن كان محتاجاً إليه في الأول فلا بد منه في الثاني، وإلا فهو مستدرك والظاهر أنه لا بد منه، لأن السبب هو القرينة، وهي أعم من الأبوة والبنوة وغيرهما، حتى لو قال قائل: الأخت هي كل أنثى ينتهي إليك نسبها أو ينتهي إليها نسبك - لأن أبوك أو أحدها ولدها - لكان معنى صحيحاً، وكان المصنف إنما أهدل ذكره في الثاني اكتفاء بذكره في الأول، فله بينة على الثاني.

د: لو قال ولو بواسطة وإن تعددت بدل قوله: (ولو بواسطة) لكان أحسن، لأنه حينئذ يكون معطوفاً على مقدر، وهو لو كان بغير واسطة، لأنه حينئذ يكون أبلغ، حيث أن المهم بذكره هو الفرد الأخصى، وغيره مسكوت عنه، وعلى صنعه فبعض المسكوت عنه من الأخصى، وهو ما إذا كان ذلك بواسطة فقط.

قوله: (ويحرم على المرأة ما يحرم على الرجل، كالأب وإن علا، والولد وإن نزل، والأخ وابنه، وابن الأخت، والعم وإن علا، وكذا الخال).

لما كان تحريم النكاح من أحد الطرفين يقتضي ثبوت التحريم أيضاً من الطرف الآخر لا محالة، كان الحكم بتحريم الأم وإن علت على الولد وإن نزل مقتضياً لتحريم الولد وإن نزل على الأم وإن علت، وكذا القول في الأب بالنسبة إلى البنت، وكذا البواقي.

قوله: (والنسب يثبت شرعاً بالنكاح الصحيح والشبهة دون الزنا،

التحريم يتبع اللغة، فلو ولد له من لربا بنت حرمت عليه وعلى الولد وطء أمه وإن كان منقياً عنها شرعاً، وفي تحريم لنظر اشكال، وكذا في العتق والشهادة والقود.

وتحريم الحليلة وغيرها من توابع النسب.

لكن التحريم يتبع اللغة، فلو ولد له من الرنا بنت حرمت عليه وعلى الولد وطء أمه وإن كان منقياً عنها شرعاً، وفي تحريم النظر إشكال، وكذا في العتق والشهادة والقود وتحريم الحليلة وغيرها من توابع النسب.

لا خلاف بين أهل الاسلام في أن النسب الذي هو مناط كثير من الأحكام الشرعية - مثل تحريم الميکاح ويحويه - يثبت بالنسب الصحيح، والمراد به: الوطء المستحق شرعاً بعدد صحيح أو منك وإن حرم بعارض كالوطء في الحصص.

ولا يعتبر علمه بكون الوطء جائزاً له، فهو وطأ حليلته بظن أنها جنيبة معدماً على الرنا لم يعدح في كون الوطء شرعياً، وإن ثبت باعدامه عليه معتقداً حرمة ويلحق به وطء الشبهة، والمراد به الوطء الذي ليس بمستحق شرعاً مع ظنه مستحق، ويلحق به وطء المحبوس ولئام ومن في معناه والصبي غير المميز - وفي المميز^(١) - فيثبت به النسب كما يثبت بالمكاح الصحيح.

وأما الرنا، وهو: الوطء الذي ليس بمستحق شرعاً مع العلم بالتحريم، فلا يثبت به النسب اجماعاً، لكن اجمع أصحابنا على أن التحريم المتعلق بالنسب يثبت مع الزنا إذا تولد به ولد، فيحرم على الراي المخلوقة من مائه، كما يحرم على الزانية المتولدة منها بالزنا، فإن ذلك يعد ولداً نكحاً، وإن كانت تسميته ولداً منقياً شرعاً، فيتبع التحريم اللغة.

(١) كذا في هنري «السبعة المحرمة» وفي «مس» ويلحق به وطء المحبوس والنائم، وفي معناه وطء الصبي غير المميز وفي المميز والظاهر أن كلمة (سكان) بعد قوله (وفي المميز) ساقطة من نسخ جامع المقاصد.

ولقائل أن يقول إن المتبع إن كان هو الحقيقة للغوية وحب الحكم بشيوع باقي الأحكام الثابتة مع صدق اسم الولد، وربما يكون ذلك مع عدم النقل عن المعنى اللغوي، وإلا لم يثبت التحريم أبداً

وعلى ابن ادريس المانع يكون المولد من الرأى كاهراً، فلا يحل على المسلم وفيه نظر أيضاً، لتحلوه فيها إذا كان الرأى كاهراً، فإن مقتضاه حل نكاح المثلدة عنه بالرأى.

إذا عرفت ذلك ففي تحريم نظر الرأى إلى (استدلال) والرأى إلى أنها فيه شكال، بشأ: من كونه ولداً حقيقة لغة، لأن الولد يتولد من نطفة أخرى، والمطل على خلاف الأصل، ولم يعم دليل على ثبوته، وانتفاء بعض الأحكام كالآثار جار أن يسسد إلى فقد بعض الشروط، ولا يتعين استناده إلى انتفاء الاسم شرعاً

ومن أن حل النظر حكم شرعي، فلا يثبت مع الشك في سببه، ولأن التحريم هو المناسب للاحياط بالمطلوب في هذا الباب، ولظاهر من قوله عليه السلام «وللعاهر المحجر»^(١)، أن الرأى لا ولد له، والأصح التحريم

وكذا يأتي الاشكال في العتق، بمعنى أنه لو ملك به من الزنا ومن جرى مجراه ففي اعتناقه بالقرابة الاشكال، ومشوّه بعدم مما سبق، والأصح العدم، للشك في السبب، فيتمسك بالأصل المقتضي لبقاء الملك.

وكذا القول في رد شهادة ولد لرب على أبيه حيث تقبل شهادته على غيره، وفيه الاشكال، ومشوّه معلوم مما سبق، والأصح القبول، لمثل ما سبق.

وكذا القول في القود، بمعنى أن الرب لو قتل ولده من الزنا هل يقاد به؟ فيه

(١) لسائر، ٢٨٧

(٢) الكافي ٧/ ١٦٣ حديث ١، تهذيب ٩/ ٣٤٦ حديث ١٢٤٢، لا سبصار ٤/ ١٨٥ حديث ٦٩٣، مس

بن ماجه ١/ ٦٤٧ حديث ٢٠٠٦ و ٢٠٠٧، مسند احمد ٦/ ١٢٩

ولو ولدت المطلقة لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق فهو للأول،
ولستة أشهر من وطء الثاني فهو له، ولو كان لأقل من ستة أشهر من وطء
الثاني ولأكثر من أقصى مدة الحمل من وطء الأول انتفى عنها، ولو كان
لستة أشهر من وطء الثاني ولأقل من أقصى المدة من وطء الأول قيل:
يعمل بالقرعة، والأقرب أنه للثاني واللين تابع.

الاشكال، والأصح أنه يفاد، للشك في المنقطع،
وكذا القول في تحريم حليمة ولد الرأى عن الرأى وزوج بنت الرأى على أمها
الرائية، فيه الاشكال.

وكذا حبس الأب في دينه كونه متعاضداً في الإتيان شرعاً، وغير ذلك من توابع
النسب.

والأصح عدم اللعاق في شيء من هذه الأحكام - أخذاً بمجامع الاحتياط،
ومسكاً بالأصل - حتى يشب لهاقر، ولا يباي ذلك تحريم المكاح، لأن حل الفروج
أمر توقيفي، فيتوقف فيه على النص، وبدونه ينتهي بأصالة عدم الحل، فلا يكفي في
حل الفروج عدم لقطع بالمحرم، لأنه مبني على كمال الاحتياط.

قوله (ولو ولدت المطلقة لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق فهو
لأول، ولستة أشهر من وطء الثاني فهو له، ولو كان لأقل من ستة أشهر
من وطء الثاني، ولأكثر من أقصى الحمل من وطء الأول انتفى عنها، ولو
كان لستة أشهر من وطء الثاني ولأقل من أقصى المدة من وطء الأول قيل:
بالقرعة، والأقرب أنه للثاني، واللين تابع)

موضع هذه المسائل أحكام الأولاد، لكن ذكرها هنا لمتعلق أحكام النسب بها،
وهي أربع مسائل، لأنه إما أن يمسح لحاقه بالذي حاصه، أو بالأول خاصة، أو بهما
معاً، أو يمكن لحاقه بهما معاً.

الأولى إذا ولدت المطلقة المدخول بها بعد أن قضت عدتها وتزوجت بآخر ودخل بها لأقل من ستة أشهر من دخول الثاني ولدون أقصى مدة الحمل من وطء الأول، فهو للأول قطعاً، لأن الفرش في مدة كلها منحصر فيهما، وقد امتنع اللهاق بالثاني، فتعين اللهاق بالأول.

الثانية: ولدت لستة أشهر من وطء ثانی ولزيادة عن أقصى مدة الحمل من وطء الأول، فهو للثاني قطعاً، لا تنافي بينهما ^{بالحكم بالأول}، والثالثة ولدت لأقل من ستة أشهر من وطء ثانی ولا أكثر من أقصى مدة الحمل من وطء الأول، فهو منقطع عنها قطعاً، لا مدعٍ للهاق بواحد منهما. الرابعة: ولدت لستة أشهر من وطء الثاني ولا أقصى مدة الحمل فما دون من وطء الأول، ففي الحكم هو لان

أحدهما القرعة، فمن أحرخته له لحق به، لأنه أمر مشكل، فانها فراش لكل منهما، واللهاق بكل منهما ممكن شرعاً، فلا ترجيح، واحتار هذا القول الشيخ في المبسوط^(١).

والثاني - وهو الأقرب - كونه للثاني، لأن فرش الأول قد زال، وفراش الثاني ثابت، والثابت أقوى من الراتل، فالترجيح له، وهذا هو الأصح، وستأتي هذه المسألة إن شاء الله تعالى في ألهاق الأولاد.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن كل من حكم بلهاق الولد به في هذه الصورة حكم بكون اللبس له، فيترتب عليه أحكام لرضاع وغير ذلك من أحكام النسب.

ويمكن أن يجعل قوله (وليس تابع) راجعاً إلى ما تقدم من المسائل كلها، من عند هؤلاء، (والنسب ثبت شرعاً...) ويكون المعنى أن كل موضع ثبت فيه النسب

يتبعه اللبن، وما لا فلا.

وتردد ابن اندريس في اعتبار لبن الحاصل عن وطء الشبهة بحيث ينشر الحرم^(١)، والشيخ^(٢) وجماعة^(٣) على تعلق التحريم به، وهو المعتمد، لأنه لبن در عن وطء محترم شرعاً يثبت به النسب، فيندرج في ظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَمْهَاتِكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾^(٤).

ثم تنبه لأمر:

الأول: قوله: (ولو ولدت المطلقة لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق) لو قال بدله: لو ولدت المطلقة لأقل من ستة أشهر من حين دخول الثاني، لكان أولى، لأنه يشمل ما إذا كان لأقل من ستة أشهر من حين وطئه، وليست أشهر فصاعداً من حين الطلاق، فإن لحاقه بالثاني تمتنع هنا أيضاً، إذ مجرد الزوجية لا يكفي في اللحاق من دون الدخول.

الثاني: قوله: (وليست أشهر من وطء الثاني) أراد به المسألة الثاسة، والواجب أن يقيد بقيد آخر، وهو كونه لأكثر من أقصى مدة الحمل من وطء الأول، وإلا لدخلت الرابعة في هذه، وكأن المصنف اكتفى بأن مخالفة حكم الرابعة لحكم هذه كاف في الاكتفاء بتقييد الرابعة عن تقييدها، فيكون المعتبر هنا مقابل قيد الرابعة.

الثالث: لو قال في الرابعة: ولأقصى مدة الحمل من وطء الأول، لكان أولى، إذ لا يشترط في إمكان لحاقه بالأول كونه لأقل من أقصى مدة الحمل، بل اللحاق ممكن ما لم يتجاوز الوضع أقصى مدة الحمل من وطئه^(٥).

(١) السرائر: ٢٩٣

(٢) المبسوط ٥: ٢٩١ - ٢٩٢.

(٣) منهم: المحقق في أشرائع ٢: ٢٨٢، والشهيد في القمعة: ١٨٨

(٤) النساء: ٢٣

(٥) جاء في «ش» بعد هذا: الظاهر أن الوطء بعنك اليمين كأنك كاج

ولو نفى الولد باللعان تبعة اللبن، فإن أقر به بعده عاد نسبه، ولا يرث هو الولد.

القسم الثاني: السبب، وتحرم منه بالرضاع، والمصاهرة، والتزويج، والزنا وشبهه واللعان، والقذف،

قوله: (ولو نفى الولد باللعان تبعة اللبن، فإن أقر به بعده عاد نسبه، ولا يرث هو الولد).

لا ريب أنه إذا نفى الولد باللعان تنفى عنه من كان يمتاً لم يميز له نكاحها إن كان قد دخل بالملاعة قطعاً، وإن لم يكن دخل فوجهان يلتفتان إلى استفتائها عنه، وأن لا تنماء إياها يثبت ظاهراً، ولهذا لو استلحقها لحقت به

وعلى هذا معي سبب المصاحص معتل هذا الولد والخلد بقذفه والقطع بسرقة ماله وقبول شهادته عنه وجهان، واحترار المصنف في المذكرة^(١) ثبوهاً، لأنه نفى نسبه باللعان فانتفتت تواجعه، وهراره بعد ذلك بالولد لا يسقط ما ثبت عليه، كما أن الولد يرثه، ولا يرث هو الولد، لأن اعترافه إياها يثبت في حقه لا في حق الولد.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن اللبن ينتفي عن الملاعن كما ينتفي عنه الولد، وهل يعود إذا اعترف بالولد؟ لم يتعرض إليه المصنف، وكان حقيقاً بذكره، لأن المتبادر أن المقصود بهذه المسألة هو بيان حكم اللبن، على ما يرشد إليه قوله: (ولو نفى الولد باللعان تبعة اللبن) ولم أقف فيه على شيء.

والذي يقتضيه الظاهر أنه يعود أيضاً بالنسبة إليه خاصة، فلو ارتضع من هذا اللبن مرتضع وكان رقيقاً الرضاع المحرم ثم ملكه لملاعن مع اعترافه بالولد المنفي عتق عليه، أخذاً له بأقراره.

قوله: (القسم الثاني: السبب، وتحرم منه بالرضاع والمصاهرة والتزويج والزنا وشبهه واللعان والقذف)

فهنا فصول:

الفصل الأول: الرضاع، ويحرم به ما يحرم بالنسب فالأم من الرضاع محرمة.

ولا تختص الأم بمرضعة الطفل، بل كل امرأة أرضعتك أو رجع نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن إليها، أو رضعت من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أنثى فهي أمك.

فاخت المرضعة خالتك وأخوها خالك، وكذا سائر أحكام النسب.

القسم الثاني من القسمين اللذين هما سبب التحريم المؤبد السبب، ويحرم منه بسبب الرضاع من سيأتي ذكره في أحكام الرضاع إن شاء الله تعالى. وكذا بالمصاهرة، وكذا بالتزويج، كزوجة كل من الأب والابن بالنسبة إلى الآخر، وكالتي تزوجها في عدتها وبحوها، وينبغي أن يراد بالتزويج هنا العقد والوطء معاً ليعم المفعود عليها الموطوءة، وكذا بالربا وشبهه وهو اللواط، وكذا باللعان، وكذا بالقذف، وسيأتي إن شاء الله تعالى تعيين من تحرم هذه الأسباب مجتمعة عليه أو مختلفاً فيه.

واعلم: أن الصمير في قوله: (ويحرم منه) يعود إلى (السبب) ومن هذه ابتدائية، وفاعل يحرم مدلول عليه بسوق الكلام، أي: يحرم منه بهذه الأمور من سنذكر استناد تحريم نكاحه إلى واحد منها.

قوله: (فهنا فصول: الفصل الأول الرضاع، ويحرم به ما يحرم بالنسب، فالأم من الرضاع محرمة، ولا تختص الأم بمرضعة الطفل، بل كل امرأة أرضعتك، أو رجع نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن إليها، أو أرضعت من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أنثى فهي أمك، فأخت المرضعة خالتك وأخوها خالك، وكذا سائر أحكام النسب).

لما بين أن السبب يحرم منه ما كان يأخذ الأمور المذكورة، عقد لبيان المحرمات بهذه الأمور فصلاً ثلاثة. الأول في الرضاع، والثاني في المصاهرة، والثالث في باقي الأسباب.

واعلم: أن الرضاع يحرم منه ما يحرم من النسب، لما روي من ^(١) طرقنا عن الصادق عليه السلام في الصحيح أنه قال «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» ^(٢) فالأم من الرضاع محرمة، وكذا البنت، وغيرها من سبق ذكر تحريمه بالنسب. ولا يختص اسم الأم بمرصعة، ^(٣) بل كل امرأة أرضعتك على الشرائط الآتية، أو رجع نسب من أرضعتك إليها، وهو أمهات لمرصعة وإن علون، أو رجع نسب صاحب اللبن الذي أرضعت منه إليها، وهو أمهات صاحب اللبن وإن علون، أو أرضعن من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أنثى وإن علا، وهي مرصعة أحد أبويك أو أحد أجدادك أو جداتك، فهذه المذكورة في المواضع كلها أمك من الرضاعة. وحينئذ فأخت المرصعة حالتك وأخوها خالك وأبوها جديك، كما أن ابها أخ وبنتها أخت، إلى آخر أحكام النسب.

والبنت من الرضاع هي: كل امرأة أرضعت بلبنك، أو بلبن من ولدته، أو أرضعتها امرأة ولدتها، فهي بنتك، وكذا بنتها من النسب والرضاع. والأخت هي: كل امرأة أرضعتها أمك أو أرضعت بلبن أبيك، وكذا كل امرأة ولدتها المرصعة أو الفعل، أو أرضعت باللبن الذي للفعل الذي أرضعت بلبنه والعبات والمخالات أخوات الفعل والمرصعة، وأخوات من ولدها من النسب والرضاع، وكذا كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك، أو أرضعت بلبن واحد من

(١) «ش» لما روي من طرق العامة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وما روي من.

(٢) الكافي ٥، ٤٣٧ حديث ٣، التهذيب ٧، ٢٩٢ حديث ١٢٢٤ و ١٢٢٥

ولو امتزجت أخت الرضاع أو النسب بأهل قرية جاز أن ينكح
واحدة منهن أو أكثر.
ولو اشتبهت بمحصور العدد عادة حرم الجميع.

أجدادك من النسب والرضاع.

وبنات الأخ وبنات الأخت بنات أولاد المرضعة والفعل من الرضاع والنسب،
وكذا كل أنثى أرضعتها أختك أو أرضعت بطن أخيك وبناتها وبنات أولادها من
الرضاع والنسب بنات أختك وأخيك، وبنات كل ذكر أرضعته أمك أو أرضع بطن
أبيك وبنات أولاده من الرضاع والنسب بنات أخيك، وبنات كل امرأة أرضعتها أمك
أو أرضعت بطن أبيك وبنات أولادها من الرضاع والنسب بنات أختك.

واعلم أنه قد أورد على (أن لا) أخت المرضعة حاله وأحايها خال وسائر ما لم
يرد في اللسان العربي إطلاقه، أن المحر لا يطرد، لامتناع نحله لغیر الأنساب.
وحوايه: أن إطلاق الأم على المرضعة إنما يكون محاراً مع الإطلاق، أما مع تقييده
بالأم من الرضاعة، فإنه إطلاق حقيقي، فيطرد.

قوله: (ولو امتزجت أخت رضاع أو نسب بأهل قرية جاز أن ينكح
واحدة منهن، ولو اشتبهت بمحصور العدد عادة حرم الجميع).

هذه المسألة من مكملات هذا البحث، وتعميمها: أنه إذا اختلطت محرم
كالأخت من الرضاع أو النسب بأحسب وحصل لاشتباه، فهناك صورتان:
إحداها أن يكون الاختلاط بعدد غير محصور في العادة، كنسوة بلدة أو قرية
كبيرة، فله نكاح واحدة منهن، إذ لو لا ذلك لسد عليه باب النكاح، لأنه لو انتقل إلى
بلدة أخرى لم يؤمن مسافرتها إليها.

ومثله ما إذا اختلط صيد مملوك بصيود مباحة لا تنحصر، فإنه لا يحرم
الاصطياد، وكذلك لو تنجس مكان واستبه بأرض غير محصورة، فإنه لا يصح من الصلاة

على تلك الأرض.

والظاهر أنه لو أمكنه نكاح امرأة لا يتارى فيها لم يمنع من النكاح من اللواتي يرتاب فيهن، لأن عسر اجتناب غير المحصور أستقط وجوب الاجتناب.

الثانية أن يكون الاختلاط بعدد محصور في لعادة، فيمنع من النكاح هنا، لو حوب اجتناب المحرم، ولا يتم إلا باحتساب الجميع، ولا عسر في احتساب العدد المحصور، ولو بادر وعقد على واحدة كان العقد باطلاً لثبوت المنع من جميعهن، ولو زال اللبس بعد العقد وتبين أن المعقود عليها غير المحرم ففي الحكم بصحة النكاح حينئذ تردد، لسبق الحكم ببطلانهم ولأنه وقع مع اعتقاد العاقد عدم صحته

واعلم: أن في قول المصنف (ولو اشتبهت بمحصور العدد عادة) إشارة إلى المراد من المحصور وغير المحصور، ومنه أيضاً تنقيح لقوله قبله. (بأهل قريه) حيث أنه يعلم منه أن المراد قرية لا يحصر عدد ساكنها عادة

وبوصيحه: أن المرد من عدم لا يحصر عسر عدهن على آحاد الناس، نظراً إلى أن أهل العرف إذ نظروا إلى مثل ذلك العدد ظفروا عليه أنه ليس بمحصور لكثرتة، وإلا فلو عمد أحد إلى أكبر بلدة ليعد سكانها لأمكنه ذلك.

وقال بعض المحققين: كل عدد لو اجتمعوا على صعيد واحد يحصر على الناظر عددهم بمجرد النظر - كالألف والألفين - فهو غير محصور، وإن سهل كالعشر والعشرين فهو محصور، وبين الطرفين وسائط يلحق بأحدهما بالظن، وما وقع لشك فيه فالأصل وجوب الاجتناب.

واعلم أيضاً: أن قوله: (جاز أن ينكح واحدة منهن) ينبغي أن لا يراد به أنه لا يجوز نكاح ما سوى الواحدة، إذ لا فرق بين الواحدة والمتعددة منهن في عدم المنع، حتى لو نكح وطلق مراراً لم يمنع من اسكاح، إلا إذا أفحش، فإن فيه تردداً، ولو بقي بعد تكرار النكاح عدد محصور فاسع قريب، مع احتمال الحوار إلى أن تبقى وحدة،

وتثبت بالرضاع المحرمية كالنسب، فللرجل أن يخلو بأُمه وأخته وابنته
وغيرهن بالرضاع كالنسب.
ولا يتعلق به التوارث واستحقاق النفقة، وفي العتق قولان. والنظر
في الرضاع يتعلق بأركانه، وشروطه، وأحكامه:

استصحاباً لما كان، ولأن الاشتباه في المجموع
قوله: (وتثبت بالرضاع المحرمية كالنسب، وللرجل أن يخلو بأُمه
وأخته وابنته وغيرهن بالرضاع كالنسب) ولا يتعلق به التوارث واستحقاق
النفقة، وفي العتق قولان.)
لا ريب أن كل موضع ثبتت المحرمية بالنسب ثبتت المحرمية بمثل تلك العراة
من الرضاع، فالأم من الرضاع محرم كالأم من النسب، وكذا الأب والأخت وغيرهن،
ومنى تثبت المحرمية بأحد الأمرين ثبت جوار الخلوة، بمعنى أن ينفرد الرجل
بمحرمه من النساء، كأُمه وأخته وبنته، من غير أن يكون هناك شخص ثالث له تغيير،
ولا يحد ذلك في الأجنبية، لما شتهر من قوله صلى الله عليه وآله «لا يخلون رجل
بامرأة فان الشيطان ثالثهما»^(١) رواه العامة.
ولا يثبت لتوارث بالرضاع إجماعاً، وكذا استحقاق النفقة والولاية والخصامة
وتحمل العقل وسقوط القود والمنع من شهادة والخمس بالدين
وفي ثبوت عتق إذا ملك أمه وأخته من الرضاع ونحوهما من يعتق مثلهن من
النسب إذا ملكه مولاه، بعدما في البيع، وسيأتي ذكرهما إن شاء الله تعالى في العتق،
والأصح الثبوت
قوله: (والنظر في الرضاع يتعلق بأركانه وشروطه وأحكامه:

المطلب الأول: في أركانه، وهي ثلاثة:

الأول: المرضعة، وهي كل امرأة حية حامل عن نكاح صحيح أو شبهة، فلا حكم للبن البهيمة، فلو ارتضعا من لبنها لم يحرم أحدهما على الآخر، ولا الرجل ولا الميتة وإن ارتضع واكمل حال الموت باليسير، ولو در لبن امرأة من غير نكاح لم ينشر حرمة، سواء كانت بكرًا أو ذات بعل، صغيرة أو كبيرة.

ولا يشترط وضع الحمل، بل كون اللبن من الحمل بالنكاح..
ولو ارضعت من لبن الزنا لم ينشر حرمة، أما الشبهة فكالصحيح على الأقوى.

المطلب الاول: في أركانه، وهي ثلاثة:

الأول: المرضعة، وهي كل امرأة حية حامل عن نكاح صحيح أو شبهة، فلا حكم للبن البهيمة، فلو ارتضعا من لبنها لم يحرم أحدهما على الآخر، ولا الرجل ولا الميتة، وإن ارتضع أو كمل حال الموت باليسير، ولو در لبن امرأة من غير نكاح لم ينشر حرمة، سواء كانت بكرًا أو ذات بعل، صغيرة أو كبيرة، ولا يشترط وضع الحمل، بل كون اللبن من الحمل بالنكاح، ولو أرضعت من لبن الزنا لم ينشر، أما الشبهة فكالصحيح على الأقوى).

روى الأصحاب عن الباقر عليه السلام أنه قال، «لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة، أو خمس عشرة رصة متوابع من امرأة واحدة»^(١) وفيه دلالة على

(١) لهذيب ٧ ٣٦٥ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣-١٩٢ حديث ٦٩٦

أن الرضاع من لبن البهيمة والرحل والخشي المشكل لا يفيد التحريم، ولا خلاف في ذلك عند الأصحاب

وعن مالك أن لبن البهيمة يتعلق به التحريم^(١)، وذهب بعض الشافعية إلى تعليق التحريم بلبن لرجل^(٢)، وبعض الآخر إلى أن لبن الخشي يعرض على القوابل، فإن قلن مثل هذا اللبن لا يكون إلا نكساً لمرارته حكم بأوثنيته^(٣)، وكل ذلك غير معتد به عندنا.

وأما اشتراط الحاء في المرصعة، فلطاهر قوله تعالى: ﴿وَأُمّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾^(٤) مع قوله سبحانه: ﴿وَحَلْ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٥) فإن المستة لا بعد مرصعة، فهي مما وراء ذلك ولأن الأصل الإباحة، فيتمسك به إلى قيام المحرم

قلو ارتضع طفل من مائه كمال لرصعات، أو ارضع المعظم حال الحياة وكمل الباهي بعد الموت لم يتعلق به محريم، وتردد المحقق في الشرائع^(٦) في الحكم، نظراً إلى صدق اسم الرضاع، واستصحاباً للحكم الذي كان ثابتاً حال الحب، وعدم التحريم أظهر، للمعارضة بأصالة بقاء الحل، ولترجيح مع، لأن المتفاهم من لألفاظ الواردة

(١) لم يشر عليه في مصادر المتوهم لدينا بل في المذنبه ٢ ٤١٥ قال سحنون بن سعيد قلت لعبد الرحمن بن القاسم أرايت لو أن صبيين عديا بهمن بهيمة من ابهاتهم انكوبا أو خويين في قول مالك؟ قال: ما سمعت من مالك منه شيئاً، ونكوي أرى ألا تكون المحرمه في الرضاع إلا في لبن بنت آدم.

(٢) المجموع ١٨ ٢٢٦ و ٢٣، المعني لابن قدامة ٩ ٢٠٦

(٣) المجموع ١٨ ٢٢٦

(٤) النساء ٢٣

(٥) النساء ٢٤

(٦) الشرائع ٢ ٢٨٣

بتحريم الرضاع هو الرضاع من المرأة الحبة، فتعين الحمل عليه لرجحانه. ولا يخفى أن في قول المصنف، (ورن ارتضع أو كمل حال الموت.) مناقشة، وقد كان الأولى أن يقول: وإن كمل حال الموت باليسير، ليكون المعطوف مع إن الوصلية هو الفرد الأحمى، واشترط كون اللبن عن نكاح باحماح الأصحاب وروى يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال قلت له امرأة درلبنها من غير ولادة فأرضعت ذكرانا وانثا، فيجزم من ذلك ما يحرم من الرضاع؟ فقال لي، «لا»^(١).

ويراد بالنكاح هنا الوطء دون العقد فيندرج فيه الوطء بالعقد دائماً ومتعة وبالمثلك وما في معناه، والتهمة ضاربة إذا حصل من الطرفين أو من أحدهما، والتحريم ثابت في حق من نسب السب بالإضافة إليه.

وحاول بقوله: (سواء كانت بكرًا أو ذات بعل صغيرة أو كبيرة) الرد على الشافعي، حيث قال بأن المحرم ليس الكبيرة دون الصغيرة^(٢)، وله قول بأن ليس البكر لا يحرم^(٣).

وقول المصنف: (ولا يشترط وضع الحمل، بل كون اللبن عن الحمل بالنكاح) ذكر مثله في التذكرة، وحكاها قولاً عن بعض فقهاءنا، وحكى عن الشيخ في المبسوط^(٤) نحوه، ثم حكى أنه قال قبل ذلك ما ينافيه، وأن اللبن الذي ينزل على الأحوال لا حرمة له، وإنما الحرمة لما ينزل على الولادة^(٥)، ويلوح من التذكرة الميل إليه، حيث

(١) لكافي ٤٤٦:٥ حديث ١٢، العقيه ٢: ٣٠٨ حديث ١٤٨٤ وفيه عن يونس بن يعقوب، لتهذيب ٧.

٣٢٥ حديث ١٣٣٩.

(٢) الوجيز ٢: ١٠٥.

(٣) الوجيز ٢: ١٠٥.

(٤) المبسوط ٥: ٢٩٢ - ٢٩٣.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٦١٧.

احتج له برواية يعقوب بن شعيب السابقة، فانها تدل على أن اللبن الحاصل من غير ولادة لا يحرم^(١)، وصرح بذلك في التحرير حيث قال ولا من دُر لبنها من غير ولادة^(٢) وهذا أصح، وقوفاً مع الرواية التي لا معارض لها.

ولا خلاف في أن اللبن الحاصل عن الوطء ربا لا ينشر، لأن الزنا لا حرمة له ولا يلحق به لنسب، وفي صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال سألته عن لبن العجل؟ فقال «هو من أرضعت مرأتك من لبنك وليس ولدك [ولد]^(٣) امرأة أخرى فهو حرام»^(٤)، خصص عليه السلام لبن العجل بما يحصل من امرأته، ولا يكون ذلك إلا مع الكاح الصحيح، ولأن اللبن لو دُر عن غير نكاح لم يعتد به، والزنا ساقط لا اعتبار به شرعاً، فاللبن الحاصل في حكم الذي دُر عن غير نكاح. أما الشبهة فانه كالصحيح على أفوى القولين، وهو اختيار الشيخ^(٥) وأكثر الأصحاب^(٦)، لأن قوله تعالى ﴿وامهاتكم اللائي أرضعنكم﴾^(٧) يتناول.

وتردد ابن ادريس^(٨) في ذلك، نظراً إلى أنه لسر وطئاً صحيحاً، وضعفه ظاهر، تمسكاً بظاهر الآية، ولأنه كالصحيح في نسب، واللبن تابع له. ولو احتضت الشبهة بالرجل أو لمرأة بالتحريم بالرضاع إنما هو بالنسبة إلى من يثبت النسب في حقه، لعدم القائل بالفصل، ولأن اللبن تابع للنسب

(١) المصدر السابق

(٢) تحرير الاحكام ٩: ٢

(٣) زيادة من مصادر الحديث.

(٤) الكافي ٥: ٤٤٠ حديث ١، التهذيب ٧: ٣١٩ حديث ١٣٦٠، لا تنبيه ٣: ١٩٩ حديث ٧١٩.

(٥) المبسوط ٥: ٢٩١ - ٢٩٢

(٦) منهم المعنف في الشرايع ٢: ٢٨٢، وسهيد في النسخة ١٨٨.

(٧) النساء ٢٣

(٨) السرائر ٢٩٣

ولا يشترط إذن المولى في الرضاع ولا الزوج
ولو طلق الزوج وهي حامل منه أو مرضعة، فأرضعت من لبنه ولدًا،
نشر المحرمة كما لو كانت تحتة.
ولو تزوجت بغيره ودخل الثاني وحملت، ولم يخرج الحولان وأرضعت
من اللبن الأول، نشر المحرمة من الأول.
أما لو انقطع ثم عاد في وقت يمكن أن يكون للثاني، فهو له دون
الأول.
ولو اتصل حتى تضع من الثاني كان لها قبل الوضع للأول، وما بعده
للثاني.

قوله: (ولا يشترط إذن المولى في الرضاع ولا الزوج).
أما الزوج فظاهر، لأنه لم يملك الزوجة ولا لبها وإن كان منسوباً إليه، وعمايه
ما هناك أنه يلزم من الرضاع ارتكاب محرم بتعطيل بعض حقوق الزوج من الاشتغال
بها، وهذا لا ينفي تحقق التحريم بالارضاع
وكذا القول في الأمة، فإن تصرفها في لبها وإن كان محرماً لأنه مال الغير، إلا
أنه لا مسافة بين التحريم وبين كون الرضاع محرماً، وإطلاق النصوص يتناول هذا
الارضاع

قوله: (ولو طلق الزوج وهي حامل منه أو مرضع فأرضعت من لبنه
ولدًا نشر المحرمة كما لو كانت تحتة، ولو تزوجت بغيره ودخل الثاني وحملت
ولم يخرج الحولان وأرضعت من لبن الأول نشر المحرمة من الأول، أما لو
انقطع ثم عاد في وقت يمكن أن يكون للثاني فهو له دون الأول، ولو اتصل
حتى تضع من الثاني كان ما قبل الوضع للأول وما بعده للثاني)
إذا طلق الزوج أو مات ولزوجته حامل منه فوضعت أو كانت مرضعاً فأرضعت

ولداً، فهناك صور:

أ: أن يكون إرضاعها قبل أن تنكح زوجها غيره، فاللبس للأول قطعاً، والموت والطلاق لا يقطع سية اللبس عنه، ولا فرق بين أن ترضع في العدة أو بعدها، ولا بين أن يقطع اللبس ثم يعود وعدمه مع حصول باهي اشراط، لأنه لم يحدث ما يحال اللبس عليه، فهو على استمراره، لكن إن اشترطنا كون الرضاع وولد المرصعة في الحولين اعتبر كون الرضاع قبل مضي حولين من حين الولادة، وإلا فلا.

ب: أن يكون بعد أن تزوج ولم يحمل من لثاني، فالحكم كما لو لم تتزوج.
ج: أن يكون بعد الحمل من الثاني وقبل الولادة واللبس بحاله لم يقطع ولم يحدث فيه زيادة، فهو للأول قطعاً، قال في التذكرة ولا يعلم فيه خلافاً^(١)، ويؤيده العمل بالاستصحاب حيث لم يتحدد ناقل.

د: أن يكون بعد الحمل من لثاني وقبل الوضوع وقد محدد في اللبس زيادة يمكن استنادها إلى الحمل من الثاني، فاللبس للأول، وقد صرح به في التذكرة^(٢)، استصحاباً لما كان، والحمل لا يربل الحكم السابق، والزيادة لا أثر لها، لأن اللبس قد يربد عن غير أحوال.

وللشافعي تفصيل، محضه أنه إن راد اللبس بعد أربعين يوماً من الحمل الثاني، فأحد القولين أنه لكل من الزوجين، عملاً بالظاهر، وهو أن يلوع الحمل المدة المذكورة يستدعي وجود لبس غالباً، فيكون متحدد مضافاً إلى السابق، وإلا فهو للأول^(٣)، ولا اعتبار بهذا التفصيل عندما

هـ: أن ينقطع اللبس نقطاعاً بيباً، أعني مدة طويلة لا يتحلل مثلها اللبس

(١) تذكرة المفه، ٦١٦٢

(٢) المصدر السابق

(٣) المجموع ٢٢٤: ١٨ - ٢٢٦

الواحد غالباً، فلا اعتبار بالانقطاع زماناً بغيراً ثم يعود في وقت يمكن أن يكون للثاني، وذلك بعد مضي أربعين يوماً من الحمل الثاني على ما حكاه المصنف في التذكرة^(١) عن العامة، ولم يردّه، فانه يكون للثاني، صرح به الشيخ^(٢) والجماعة، لأنه لما انقطع زال حكم الأول، فإذا عاد وقد سبب يقتضيه وجب إحالته عليه، لزوال حكم الأول بالانقطاع، فعوده يحتاج إلى دليل، بخلاف ما إذا لم يتجدد سبب آخر يحال عليه، فانه يكون للأول، لانتهاء ما يقتضي خلافه وللعمامة في هذا اختلاف على أقوال.

أحدها هذا^(٣)، والثاني أنه للأول^(٤)، والثالث أنه لهما^(٥)، والمختار عندنا الأول. و أن يكون بعد الوضوء **قهر للثاني قطعاً**، ونعل المصنف فيه الاجماع في التذكرة^(٦)، وعلى هذا فإذا اتصل المرء إلى رضع الحمل الثاني، مما قبل الوضوء للأول وما بعده للثاني، وتقر به معلوم مما سبق.

واعلم أن عبارة الكتاب تصيب أربع صور من هذه الصور، وهي: الأولى وهو طاهر، وكل من الثالثة والرابعة مشمومة بقوله (ولو تزوجت بغيره ودخل لثاني وحلب..)، فانه باطلاقة [بتناولها]^(٧) لكن قوله (وارضع من لبن الأول) فاصر عن بيان حكمهما، إذ المقصود من هذه مسائل هو بيان كون اللبن للأول أو للثاني، وأما ترتيب التحريم بالنسبة إلى صاحب اللبن فليس مقصوداً بهذه المسائل، وقوله: (أما لو

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٦٦٦.

(٢) المبسوط ٥: ٣١١.

(٣) المجموع ١٨: ٢٢٦.

(٤) نصير السابق.

(٥) نصير السابق.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ١١٦.

(٧) في جميع النسخ بتناولها، ولثبت هو الاسبب للمسايل.

وتستحب أن تسترضع العاقلة العفيفة المؤمنة الوضيئة.
ولا تسترضع الكافرة، فإن اضطر استرضع الكتابية ومنعها من
شرب الخمر وأكل لحم الخنزير.
ويكره أن يسلمه إليها لتحمله إلى مرها، واسترضاع من ولادتها عن
زنا، وروي إباحة الأمة مه لطيب اللبن واسترضاع ولد الزنا، وتتأكد
الكراهية في المجوسية.

انقطع . (مبن لحكم السادسة، وقوله (وبر اتصل) متقع لحكم الثالثة والرابعة، فإن
محطه أن كون اللبن للأول مسهر إلى وضع الحمل
قوله: (وبستحب) العاقلة المؤمنة العفيفة الوضيئة، ولا تسترضع
الكافرة، فإن اضطر استرضع الكتابية ومنعها من شرب الخمر وأكل لحم
الخنزير، ويكره أن يسلمه إليها لحمله إلى مرها واسترضاع من ولادها عن
زنا، وروي إباحة الأمة مه لطيب اللبن واسترضاع ولد الزنا، وتتأكد
الكراهية في المجوسية).

افصل ما يرصع به الصبي لبن أمه، لما رواه طلحة بن زيد في الموثق عن
لصادق عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام ما من لبن يرصع به الصبي
أعظم بركة عليه من لبن أمه»^(١).
وبسحب استرضاع العاقلة المؤمنة العفيفة الوضيئة المحسنة، لما رواه محمد بن
مروان عن الباقر عليه السلام قال قال لي «استرضع لولدك بلبن لحسان، وإياك
والفباح، فإن اللبن قد يهدي»^(٢).
وفي لصحيح عن زرارة عن الصادق عليه السلام قال: «عليكم بالوصاء من

(١) الكافي ٦: ٤٠٦ حديث ١، الفقيه ٢: ٣٠٥٢ حديث ١٤٦٥، التهذيب ٨: ١٠٨ حديث ٣٦٥

(٢) الكافي ٦: ٤٤٦ حديث ١٢، التهذيب ٨: ١١٠ حديث ٢٧٦

الظئورة فان اللبن قد يعدي»^(١) ولأن الرضاع مؤثر في الطباع والأحلاق، روي عنه صلى الله عليه وآله انه قال: «أنا سيد ولد آدم بيد أنى من قرش وشأت في بني سعد وارتفعت من بني زهرة» ويروى «أنا أفصح العرب بيد أنى من قرش» إلى آخره، وكانت هذه القبائل أفصح العرب، وفتخر بالرباع كما افتخر بالنسب، وعن الصادق عليه السلام قال «قال أمير المؤمنين عليه السلام: نظروا من ترضع أولادكم فان اللبن يشب عليه»^(٢)

ومنه تعلم كراهية استرصاص الكفرة والمجوسية أشد، لقول الصادق عليه السلام «لا يسترصع للنسبي المجوسية، وتسترصع للمسلمية اليهودية والنصرانية، ولا يشرعن الخمر، ويمسحهن من ذلك»^(٣). وقال عليه السلام وقد سئل عن مطائفة لمجوسية فقال: «لا ولكن أهل الكتاب»^(٤).

والحاصل أنه إذا اضطر استرصع اليهودية والنصرانية، ويمسحها من سرب الخمر وهل هو على طريق الوحوب؟ ظاهر الأمر في قول الصادق عليه السلام. «إذا أرضعن لكم فامسحوهن من سرب الخمر»^(٥) ذلك، وليس ببعيد، لأن أثره في طباع الولد حبيث، ويصور المنع د كاتب المرصعة أنه للمسارصع، أو أسأحرها للرباع وشرط عليها الامتناع من ذلك. ولا ريب أنه بكره تسليم لولد إليها لتحمله إلى منزلها، إذ ليست مأمونة عليه.

(١) الكافي ٤٤٦ حديث ١٣، الفقيه ٣٠٧٣ حديث ١٤٧٩، تهذيب ١١٠٨ حديث ٣٧٧، وفي جميع المصادر: «فان اللبن يعدي».

(٢) الكافي ٤٤٦، حديث ١٠.

(٣) الكافي ٤٤٦، حديث ١٤، الفقيه ٣٠٨، حديث ١٤٨٢، تهذيب ١١٠، حديث ٣٨٤.

(٤) الكافي ٤٢٦، حديث ٢، تهذيب ١٠٩، حديث ٣٧٢.

(٥) الكافي ٤٢٦، حديث ٣.

الركن الثاني: اللبن ويشترط وصول عينه خالصاً إلى المحل من الثدي، فلو احتلب ثم وجر في حلقه، أو أوصل إلى جوفه بحقه أو سعوطة، أو تقطير في احليل أو جراحة، أو جبن له فأكله، أو القي في فم الصبي مانع

وكذا يكره استرصاص الحنفة، وكذا من ولادتها عن رنا، وكذا من كانت بنت زنا، لموثقة عبد الله^(١) الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له امرأة ولدت من اربا اتخذها ظتراً؟ فقال «لا تسترضعها ولا ابنتها»^(٢)

واشار المصنف بقوله: (وروي...) إلى ما رواه اسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام. قال: سألت عن عمامة لي وثب على عارية لي فأحبلها فولدت واحتجنا إلى لبنها، فان أحللت لها ما صنعنا يطيب لبنها؟ قال «نعم»^(٣)

وروي في الحسن عن هشام بن سالم ويحيى بن دراج وسعد بن أبي خلف عن الباقر^(٤) عليه السلام، في المرأة يكون لها الخادم قد فحرت محتاج إلى لبنها، قال: «مرها فلتحللها يطيب اللبن»^(٥). ولا معارض لها، فان قدنا بها فهل يتعدى الحكم إلى التحليل من المالك ليطيب لبن بنت الرابية وهي المحلوقة من الربا إذا كانت أمها أمة^(٦)؟ قوله: (الركن الثاني: اللبن، ويشترط وصول عينه خالصاً إلى المحل من الثدي، فلو احتلب ثم وجر في حلقه، أو أوصل إلى جوفه بحقنة أو سعوطة أو تقطير في احليل أو جراحة أو جبن له فأكله، أو ألقى في فم

(١) كذا «ش» و«ص» وفي المصادر عبيد الله، والظاهر هو الصحيح

(٢) الكافي ٦/ ٤٢ حديث ١، التهذيب ١٠٨٠٨ حديث ٣٦٧، الاستبصار ٣/ ٢٢١ حديث ١١٤٣

(٣) الكافي ٦/ ٤٣ حديث ٦، التهذيب ١٠٩٨٨ حديث ٣٦٩، الاستبصار ٣/ ٢٢٢ حديث ١١٤٥.

(٤) كذا في سجع جامع المقاصد كافة، لكن في مصادر الحديث وبصاح العوائد ٤٥٣ ٤٥٤ والخواهر ٣٩ ٣٠٨ وثيقة الكتب الفقهية عن أبي عبد الله (عليه السلام)

(٥) الكافي ٥/ ٤٧٠ حديث ١٢ و ٦/ ٤٣ حديث ٧، التهذيب ١٠٩٨٨ حديث ٣٧٠، الاستبصار ٣/ ٢٢٢

حديث ١١٤٦

(٦) كذا، ولم يجب عن هذه المسألة المصنف

فامتزج باللبن حال ارتضاعه حتى يخرج عن مسمى اللبن لم يبشر حرمة .

الصبي مائع فامتزج باللبن حال ارتضاعه حتى يخرج عن مسمى اللبن لم ينشر حرمة).

لا خلاف عند أصحابنا في أن المعتد في الرضاع المحرم وصول عين اللبن خالصاً إلى المحل، فهو حينئذ فأكله، أو امتزج به نفع أخرجه عن مسمى اللبن لم يبشر، وبدل عليه طواهر النصوص التي علق لحكم بالتحريم فيها على اسم الرضاع، فإن مثل ذلك لا يسمى رضاعاً، ومثله الإيهال إلى جوفه بحقنة أو سحوط أو تقطير في الحليل أو جراحة.

واحتلوا في اشتراط الاعتصاف من الثدي، قال أكثر^(١) على اشتراطه، فلو احتسب اللبن ثم وحر في حلق الموضع لم يبشر بحرمة^(٢).

وقال ابن الحسد يبشر^(٣)، وهو قول شريح في المبسوط^(٤)، لظاهر قول الصادق عليه السلام في صحيحة جميل بن دراج^(٥) إذا رضع لرجل من لبن امرأة حرم عليه كل شيء من ولدها^(٦).

وحوايه: أنا نمنع صدق الرضاع مع الوحور.

والأصح الأول، لقول الصادق عليه السلام: «لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضعا من ثدي واحد حولين كاملين»^(٧).

وظاهر أن المراد به في مدة حولين كاملين، بدلالة النصوص على الاكتفاء بخمس عشرة رضة، ولقول الباقر عليه السلام: «لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم

(١) التهذيب ٣١٣٧ و ٣١٥ حديث ١٢٩٨ و ١٣٠٤ و ١٣٠٦

(٢) منهم المصنف في مختلف ٥١٩، والدكرة ٢ ٦١٨ والمحقق في الشرائع ٢٨٣٢، وغيره.

(٣) مختلف: ٥١٩

(٤) المبسوط ٢٩٥٥

(٥) التهذيب ٣٢٢٧ حديث ١٣٢٥، الاستبصار ٣ ٢٠١ حديث ٧٢٨

(٦) الفقيه ٣ ٣٠٧ حديث ١٤٧٦، التهذيب ٢٠٧٧ حديث ١٣١٠ الاستبصار ٣ ١٩٧ حديث ٧١٣.

الركن الثالث: المحل، وهو معدة الصبي الحي، فلا اعتبار بالايصال إلى معدة الميت، فلو وجر لبن الفحل في معدته لم يصير ابناً ولا زوجته حليلاً ابن، ولا بالايصال إلى جوف الكبير بعد الحولين.

وليلة، أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة^(١) وجعل الرضاع المحرم ما كان مبدأه من المرأة، ولأن الأصل الإباحة حتى يثبت المحرم^(٢).

قوله: (الركن الثالث: المحل، وهو معدة الصبي الحي، فلا اعتبار بالايصال إلى معدة الميت، فلو وجر لبن الفحل في معدته لم يصير ابناً، ولا زوجته حليلاً ابن بالايصال إلى جوف الكبير بعد الحولين).

يشترط في وصول اللبن في الرضاع لثبت التحريم وصوله إلى معدة الصبي، فلا اعتبار بوصوله إلى دماغه أو حلقه - بغير حلاق عذنا - ما لم يبلغ المعدة ويشترط بقاءه فيها، فلو بقياً في الحلق لم يعتد به، وهو مقرب المذكور^(٣)، لعدم صلاحية الاغتذاء^(٤) به، وانتفاء أليات اللحم وشدة العظم عنه.

وكذا يشترط كون الصبي حياً، فلو وجر لبن الفحل في معدة الميت لم يتعلق به التحريم، لعدم صدق الرضاع ولا ارتضاع اللذين وردت بهما النصوص، ولا يصير بذلك ابناً للفحل ولا زوجته حليلاً ابن، إلى غير ذلك من أحكام الرضاع.

وكذا يشترط كون الرضاع في الحولين عند جميع عليائنا، فلو ارتضع بعد الحولين لم ينشر حرمة لما روي من أن النبي صلى الله عليه وآله قال: «لا رضاع إلا ما كان في حولين»^(٥) وروى الأصحاب عن الصادق عليه السلام أنه قال: «لا رضاع بعد

(١) التهذيب ٣٦٥ ٧ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣ ١٩٢ حديث ٦٩٦

(٢) في «ش» جاء بعد هذا لوماء ليس في الحد بعد وصوله إلى الحلق لم يؤخر، ولو تراخى زمانه فاستكال

(٣) التذكرة ٢ ٣٧٢

(٤) في «ش» لا عنداد

(٥) سنن البيهقي ٧ ٤٦٢، كبر العيال ٦ ٢٧٩ حديث ١٥٧٠٥

المطلب الثاني: في شرائطه، وهي أربعة:

الأول: الكمية، ويعتبر التقدير بأحد أمور ثلاثة: أما ما أنبت اللحم
وشد لعظم، أو رضاع يوم وليلة، أو خمس عشرة رصة، وفي العشر قولان،
ولا حكم لما دون.

الثاني: يشترط كمالية الرضعات وتواليها والارتضاع من الثدي،

فطم، قبل له وما العظم؟ قال الحولن السبي قال الله «مروحل»^(١) وقال عليه السلام
«الرضاع قبل الحولين قبل أن يقطع»^(٢) أراد به عليه السلام قبل أن يقطع غالباً
فرعان. الأول اعتبار الشهر في الحولين بالأهله، فلو انكسر الأول نكس
ثمن من لشهر الخامس والعشرين وأتم ثلاث وعشرون هلالاً، ذكره في التذكرة^(٣)،
ويجيء فيه الخلاف المشهور في طائفة

الثاني لو حرج بعض الصبي فارضع قبل انفصاله وأكمل النصاب بعده ففي
ثبوت التحريم إشكال

قوله: (المطلب الثاني: في شرائطه وهي أربعة: الكمية، ويعتبر التقدير
بأحد أمور ثلاثة. إما ما أنبت اللحم، وشد العظم، أو رضاع يوم وليلة، أو
خمس عشرة رصة، وفي العشر قولان، ولا حكم لما دون العشر، ويشترط
كمالية الرضعات وتواليها والارتضاع من الثدي).

قد ذكر أن شرائط الرضاع ليشر التحريم أربعة، وعد ثلاثة:
أ: الكمية، وقد قدرها الأصحاب بأحد أمور ثلاثة، وهي: ما أنبت اللحم وشد

(١) الكافي ٥: ٤٤٣ حديث ٣ التهذيب ٧: ٣١٨ حديث ١٣١٢

(٢) الكافي ٥: ٤٤٣ حديث ١، التهذيب ٧: ٣١٨ حديث ١٣١٢

(٣) التذكرة ٢: ٦٦٩

العظم، أو رضاع يوم وليلة، أو التقدير بالعدد، وهو خمس عشرة رضعة، أو العشر على اختلاف القولين.

والأصل في ذلك ما رَوَاهُ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ: «الرَّضَاعُ مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ وَشَدَّ الْعَظْمَ»^(١)

وَرَوَى الْأَصْحَابُ عَنْ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: «لَا يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ إِلَّا مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ وَشَدَّ الْعَظْمَ»^(٢).

وَسَأَلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَامٍ الْكَاطِمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ قُلْتُ لَهُ: «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ الرِّضْعَةُ وَالرِّصْعَتَانِ وَالثَّلَاثُ؟» قَالَ: «لَا، إِلَّا مَا أَنْبَدَ عَلَيْهِ الْعَظْمَ وَبَتَ اللَّحْمُ»^(٣).

وَعَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ أَقَلُّ مِنْ رِضَاعِ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ أَوْ خَمْسَ عَشْرَةَ رِضْعَةً» الْحَدِيثُ^(٤).

وهنا مباحث:

أ. هذه التقادير الثلاثة أصول لورود النص بكل منها، وقال في المبسوط: إن الأصل هو العدد والباقيان إما يعتبران عند عدم انصياطه^(٥)، وهو اللاتع من عبارة التذكرة حيث قال: الرضاع المحرم ما حصل به أحد التقادير الثلاثة، إما رضاع يوم وليلة لمن لم يصبط العدد إلى آخره^(٦).

ويمكن أن يقال لو جعل كل واحد من هذه التقديرات أصلاً لزم عدم اعتبار العدد في حصول التحريم، فإما لو فرض حصول رضاع يبيت اللحم ويشد العظم أو

(١) سنن أبي داود ٢: ٢٢٢ حديث ٢٠٥٨.

(٢) الكافي ٥: ٤٢٨ حديث ٨، التهذيب ٧: ٣٩٢ حديث ١٢٩٣، الاستبصار ٣: ١٩٣ حديث ٦٩٨.

(٣) الكافي ٥: ٤٢٨ حديث ٦، التهذيب ٧: ٣٩٢ حديث ١٢٩٥، الاستبصار ٣: ١٩٣ حديث ٧٠٠.

(٤) التهذيب ٧: ٣٦٥ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣: ١٩٢ حديث ٦٩٦.

(٥) المبسوط ٥: ٢٩٢.

(٦) التذكرة ٢: ٦٢٠.

رضاع يوم وليلة ولم يبلغ العدد المذكور لثبت التحريم بدون ثبوت العدد، فلا يكون العدد معتبراً، وهو باطل، فتعين حينئذ انتأليف بالحمل لدى ذكره

وقد عجاب بإمكان التأليف بوجه آخر، وهو أن يحمل اعتبار العدد على ما إذا لم يحصل رضاع يوم وليلة على الوجه المعتبر وتخلل بين لرضعات تراخ استعصى الرضيع فيه بالطعام، فلم يتحقق آيات النعم وشدة العظم، فانه لابد من حصول العدد كله، وليس بعيد هذا، لأن ظاهر النصوص أنه حتى حصل رضاع يوم وليلة تحقق التحريم وإن لم يبلغ العدد، فيكون كل منها أصلاً برأسه

ب: المراد برضاع يوم وليلة لرضاع الذي يقتضيه العادة في طول اليوم والليليلة من غير اعتبار عدد، وأما ما أسرى اللحم وشدة العظم فإن الأصحاب لم يذكروا له حدا يرجع إليه فيه، ويمكن اعتبار الرجوع فيه إلى قول طيبين^(١) عادلين عارفين بذلك، وقد اختلفت الروايات في أن العشر رصعت تنبت اللحم وشدة العظم، ففي بعضها أنها تنبت^(٢)، وفي بعضها لا^(٣).

ج: اختلف الأصحاب في عدد الرضاع المحرم، فقال ابن المنيد إن ما وقع عليه اسم الرصعة محرم^(٤)، وقال المعيد^(٥) والنهي^(٦) وسنار^(٧) وابن الدراج^(٨) وأبو الصلاح^(٩)

(١) لعظم أطيبين ما لم يرد ص ٥٠

(٢) التهذيب ٣١٤٧ و ٣١٥ حديث ١٣٠٢ و ١٣٠٣ و ١٣٠٥، الاستبصار ١٩٤٣ و ١٩٦١ حديث ٧٠٢ و ٧٠٣ و ٧٠٩

(٣) التهذيب ٣١٢٧ حديث ١٢٩٨ و ١٢٩٩، الاستبصار ١٩٥٣ حديث ٧٠٤ و ٧٠٥

(٤)

(٥) المصنف ٧٧

(٦) نقله عن التقي العلامة في المختلف: ٥١٨

(٧) لمراسم: ١٤٩

(٨) إبهدي ٢: ١٩٠

(٩) مكاني في لغة ٢٨٥

وابن حمزة^(١) وابن أبي عقيل^(٢) : إن لعشر محرمة، واحتاره المصنف في المختلف^(٣) .
 لعموم قوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾^(٤) ونظائره من العمومات،
 وصحيفة الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام قال «لا يحرم من الرضاع إلا
 المحبور»^(٥) قال قلت: وما المحبور؟ قال «أم ظئر نتاجر أو أمة تشتري ثم ترضع
 عشر رضعات يروى الصبي ويما»^(٦) ولأن العشر ينبت باللحم، لصحيفة عبيد بن
 رزارة عن الصادق عليه السلام «إني أن قد فعلت وما الذي يبيت اللحم والدم؟ فقال:
 «كان يقال عشر رضعات»^(٧)

(١) الوسيلة، ٢٥٥.

(٢) عنه عنه العلامة في المختلف، ٥١٨.

(٣) المصدر السابق.

(٤) النساء، ٢٣.

(٥) اختلاف المصادر في ضبط هذه بكنته، فهي نسخة «ص» و «ع» المحبور، وفي نسخة «ش» والمختلف، ٥١.
 وبصاح الفوائد ٣١٢ والوسائل ١٤ ٢٨٥ محبور، وفي التهذيب ٣١٥٧ حديث ١٣٠٥ والاستبصار
 ١٩٦ ٢ حديث ٧٠٩ ولعمري ٣٠٧٣ حديث ١٤٧٤ محبور، وفي الطريحي في مجموعه ٢٤٢٣ عن
 شارح انسابه وجدد لفظة المحبور مصبوطة بخط الصدوق بالحميم والياء في كتابه الجمع، وقال
 الطريحي في مجموعه أيضاً ٢٥٧٢ وقد صطرب النسخ في ذلك فهي بعضها بالياء المهملة وفي بعضها
 بالحميم وفي بعضها بالحاء المصجمة وعليه الصواب.

(٦) نقل هذا الحديث بهذا النص لعلامة في مختلف ٥١٨ وفهر المحققين في لا يصابح ٤٦٣، وذكره
 الصدوق في تنقيح ٣٠٧٣ حديث ١٤٧٤ من دون ذكر عبارته ثم يرضع عشر ، وذكره الشيخ في
 التهذيب ٣١٥٧ حديث ١٣٠٥ والاستبصار ١٩٦٣ حديث ٧٠٩ بهذه اللفظة عن أبي جعفر عليه
 السلام قال «لا يحرم من الرضاع إلا محبورة أو حادة و ظئر به يرضع عشر رضعات يروى الصبي
 ويما».

(٧) الكافي ٤٣٩ ٥ حديث ٩، التهذيب ٣١٣٧ حديث ١٢٩٦، الاستبصار ١٩٤٣ حديث ٧٠١.

وذهب الشيخ في كتبه إلى عدم التحريم إلا بعلم عشرة^(١)، واختاره ابن
أدريس^(٢) والمصنف في أكثر كتبه^(٣) وبعم لمين بن سعيد^(٤) وعامة المتأخرين، وهو
الأصح، للأصل والاستصحاب.

ولما رواه رباح بن سوفة، قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام، هل للرضاع حد
يؤخذ به؟ فقال: «لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضة
متوليات من امرأة واحدة من لبن مهمل واحد لم يفصل بينهم رضة امرأة غيرها»
المحدث^(٥)

ولصحيحة علي بن رباب عن الصادق عليه السلام قال قلت: ما يحرم من
الرضاع؟ قال: «ما أنبت اللحم وشد العظم» قلت: فحرم عشر رضعات؟ قال: «لا
إنها^(٦) لا أنبت اللحم ولا تشد العظم عشر رضعات»^(٧)

وقريب منه موقعة عبيد بن زرارة عنه عليه السلام^(٨)، وموقعة عبد الله بن بكير
عنه عليه السلام^(٩).

(١) المبسوط ٢٠٤، ٢٩٢، النهاية: ٤٦٦، الخلاص ٨١٣ مسألة ٣

(٢) اسرار ٢٩٣

(٣) منها التذكرة ٦٢٠: ٢، والتحريم ٩: ٢

(٤) شرائع ٢٨٢

(٥) تهذيب ٢١٥٧ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ١٩٢٣ حديث ٦٩٦

(٦) في تهذيب والاستبصار لأنها

(٧) تهذيب ٢١٣٧ حديث ١٢٩٨، الاستبصار ١٩٥٣ حديث ٧٠٤

(٨) تهذيب ٢١٣٧ حديث ١٢٩٩، الاستبصار ١٩٥٣ حديث ٧٠٥

(٩) تهذيب ٢١٣٧ حديث ١٣٠٠، الاستبصار ١٩٥٣ حديث ٧٠٦

فلو ارتضع رضة ناقصة لم تحسب من العدد، والمرجع في كمالية الرضة إلى العرف.

وقيل: ان يروي ويصدر من قبل نفسه، فلو لفظ الثدي ثم عاوده، فإن كان قد أعرض أولاً فهي رضة وإن كان للتنفس أو الالتفات إلى ملاعب أو الانتقال إلى ثدي آخر كان الجميع رضة.

وظاهر قوله عليه السلام في الرواية السالفة^(١) «كان يقال: عدم الرضى بذلك، وتمام الحديث أنه سأله هل يحرم بمشرا رصعت؟ فقال «دع داء» وقال: «ما يحرم من السب فهو محرم من الرضاع» وإعراضه عن الجواب يسر بالتفية واعلم أنه يلوح من قول المصنف: (ولا يحكم بقاء دون العشر) بعد قوله: (وي العشر قولان) أن ما دون العشر لا خلاف فيه عندنا، وكأنه لم يلتفت إلى خلاف ابن الجبيل^(٢)

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يصير في الرصعات لينتفق العدد فيود ثلاثة: كمالية كل واحدة منها، وتواليها، والارتضاع من الثدي أما الكمالية فلم يرد صدق الرضة إذا كانت ناقصة، وأما التوالي فلم دل عليه حديث زياد بن سودة السالف، وما لا رضاع من الثدي فلها تقدم من أنه لو وجع اللبن بعد احتلابه في حلق الطفل لم يصدق الرضاع ولم يثبت التحريم.

قوله: (فلو ارتضع رضة ناقصة لم يحسب من العدد، والمرجع في كمالية الرضة إلى العرف، وقيل، أن يروي ويصدر من قبل نفسه، فلو لفظ الثدي ثم عاوده، فإن كان قد أعرض أولاً فهي رضة، وإن كان للتنفس أو الالتفات إلى ملاعب أو الانتقال إلى ثدي آخر كان الجميع رضة، ولو منع

(١) وهي رواية عبيد بن رزارة المتقدمة

(٢) المختلف: ٥١٨

ولو منع قبل استكمالها لم يحسب، ولو لم يحصل التوالي لم ينشر، كما لو أرضعت امرأة خمساً كاملة، ثم ارتضع من أخرى، ثم أكمل من الأولى العدد لم ينشر، وبطل حكم الأول وإن اتحد الفعل ولو تناوب عليه عدة نساء لم ينشر ما لم يكمل من واحدة خمس عشرة رضعة كاملة ولأه.

ولو ارتضع من كل واحدة خمس عشرة رضعة كاملة متوالية حرمن كهن ولا يشترط عدم تحلل المذكول والمشروب بين الرضعات، بل عدم تحلل الرضاع وإن كان أقل من رضعة.

قبل استكمالها لم يحسب، ولو لم يحصل التوالي لم ينشر، كما لو أرضعت امرأة خمساً كاملة ثم ارتضع من أخرى ثم أكمل من الأولى العدد لم ينشر وبطل حكم الأول وإن اتحد الفعل، ولو تناوب عليه عدة نساء لم ينشر ما لم يكمل من واحدة خمس عشرة رضعة كاملة ولأه، ولو ارتضع من كل واحدة خمس عشرة رضعة متوالية كاملة حرمن كهن، ولا يشترط عدم تحلل المأكول والمشروب بين الرضعات، بل عدم تحلل رضاع وإن كان أقل من رضعة).

لا ريب أنه لو ارتضع رضعة ناقصة لم يحسب من العدد، ولكن لو أكملها احتسب، كما لو التفت إلى ملاعب أو حصل يوم حفيف ثم عاد، ولو طال الزمان كثيراً ففي اعتبار اكتمالها نظر، يشأ من انتهاء الوحدة عرفاً، ومن أن الفرص حصول القدر الذي يساوي الرضعة الواحدة، ويلوح من تقديرهم الزمان المتخلل بالقليل - كما قيد في التذكرة النوم بكونه حفيفاً^(١) ونحو ذلك في كلامه هنا وهناك - أن تحلل الكثير مانع من الاحتساب

الثالث: أن يكون الرضاع في الحولين وإن كان بعد فطامه، ويعتبر في المرتضع اجماعاً دون ولد المرضعة على الأقوى.

والمرجع في كمالية الرضعة إلى العرف، إذ الشارع لم يعين لها قسراً مصبوطاً ولم يحدّها بزمان، فدل ذلك على أنه جعل المرجع لعرف، كما هو عادته في أمثاله، ولأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتهاء لشرعية، وبما أن يروي ويصدر عن ربي من قبل نفسه، والقولان للشيخ^(١)، وهما في المعنى واحد.

وكان المصنف أراد بقوله: (وقيل) حكايته لاختلاف العبارة في ضبط الكمالية، إلا أنه قول مستقل، وبسبب عليه أنه في التذكرة قال: إن المرجع في الكمالية إلى العرف، ثم قال: إذا ارتضع الصبي ورؤي وقطع قطعاً بيباً باختياره وأعرض إعراصاً محل باللبس كان ذلك رضعة^(٢)، فعمل العبارتين معاً حد الكمالية.

وأما التوالي فيتحقق بأن لا يرتضع من امرأة حلال رضاعه من أخرى وإن كان ليس كل منهما لعجل واحد عند - خلاف لبعض العامة^(٣) - لقول الباقر عليه السلام: «لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن محل واحد»^(٤).

وأشار عليه السلام بقوله: «من امرأة واحدة» إلى آخره، إلى تفسير متواليات، فيعلم منه أن تخلل المأكول والمشروب أو طول الرمان لا يخل بالتوالي.

قوله: (الثالث: أن يكون لرضاع في الحولين وإن كان بعد فطامه، ويعتبر في المرتضع اجماعاً دون ولد المرضعة على الأقوى).

(١) المبسوط ٥: ٢٩٤، الخلاف ٣: ٨٢، ٣: ٨٣، مآله ٦ من كتاب الرضاع

(٢) التذكرة ٢: ٦٢٠

(٣) أنظر المجموع ١٨: ٢٢٨، المعى لابن طهامة ٧٩: ٢٠٧

(٤) التهذيب ٧: ٢١٥، حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣: ١٩٢، حديث ٦٩٦

ولو أكمل الأخيرة بعد الحولين لم ينشر، وينشر لو تمت مع تمام الحولين.

ولو اكمل الأخيرة بعد الحولين لم ينشر، وينشر لو تمت مع تمام الحولين) الشرط الثاني من شرائط الرضاع المحرم: كون الرضاع واقعاً قبل أن يستكمل المرتضع الحولين، بإجماع أصحابنا، وهو قول أكثر أهل العلم، ويدل عليه قوله صلى الله عليه وآله: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين»^(١). ومن طرقنا قول الصادق عليه السلام: «لا رضاع بعد قطام» قلت: جعلت فداك وما القطام؟ قال: «الحولين للذين قال الله عز وجل»^(٢).

ولا فرق بين أن يعظم قبل الرضاع في الحولين وعدمه، لظاهر النصوص، فلو ارتضع بعد الحولين لم يعد محرماً وإن لم يكن قد قطم، وصرح المصنف وغيره^(٣) بأنه لو أكمل لرضعته الأخيرة مع تمام الحولين نشر المحرم، ويدل عليه قوله عليه السلام «لا رضاع بعد قطام» مع قوله سبحانه: ﴿وَأُمّهَاتُكُم مِنَ الرُّضَاعَةِ﴾^(٤) فإن ظاهرهما اعتبار ما لم يكن واقعاً بعد الحولين.

والمعتبر في الحولين الأهلة كما في سائر الأبواب الفقهية، ولو انكسر الشهر الأول فاحتالان.

وهذا كله في المرتضع، أما ولد لمرضة - وهو الذي حصل اللبن من ولادته - فهل يشترط كونه في الحولين حين الارتضاع بحيث لا يقع شيء من الرضاع بعد تحاوزه إياهما؟ فيه قولان:

أحدهما، الاشتراط، فلا يحرم الرضاع لو وقع شيء منه بعد استكمال حولين،

(١) سنن البيهقي ٤٦٢٠٧، كنز العمال ٢٧٩٦ حديث ١٥٧٠

(٢) لكافي ٤٤٣٥ حديث ٣ تهذيب ٣١٨٧ حديث ١٣١٢

(٣) كالمحقق في السرائع ٢٨٤٢، وصحاح المحققين في الإيضاح ٤٨٠٣

(٤) النساء: ٢٣

الرابع: اتحاد الفحل وهو صاحب اللبن، فلو تعدد لم ينشر، كما لو ارضعت بلبن فحل صبيّاً وبلبن آخر صبيّه لم تحرم الصبية على الصبي. ولو ارضعت بلبن فحل واحد مائة حرم بعضهم على بعض، ولو ارضعت منكوحاته وإن كن مائة صغاراً كل واحدة واحداً حرم بعضهم على

وهو قول أبي الصلاح^(١) وابن حمزة^(٢) وابن زهره^(٣)، لظاهر قوله عليه السلام «لا رضاع بعد طعام» فإنه يتناول ولد المرضعة والثاني: عدم الاشتراط، وهو مختار ابن مبرس^(٤) وجماعه منهم المصنف، لعموم قوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾^(٥)، ولإسناد من قوله عليه السلام «لا رضاع بعد طعام» المرتفع دون ولد المرضعة، ولم يصرح الشرح في ولد المرضعة بالاشتراط ولا بعدمه، وتوقف المصنف في المحلف^(٦)، وعدم الاشتراط أقوى^(٧)، تمسكاً بأصالة عدم الاشتراط.

قوله: (الرابع: اتحاد الفحل، وهو صاحب اللبن، فلو تعدد لم ينشر، كما لو ارضعت بلبن فحل صبيّاً وبلبن آخر صبيّه لم تحرم الصبية على الصبي، ولو ارضعت بلبن فحل واحد مائة حرم بعضهم على بعض، ولو ارضعت منكوحاته وإن كن مائة صغاراً كل واحدة واحداً حرم بعضهم على

(١) الكافي في الفقه ٢٨٥

(٢) الوسيلة ٣٥٥

(٣) إسناده ٥٤٧

(٤) السرائر ٢٨٦

(٥) النساء ٢٣

(٦) المحلف ٥١٩

(٧) في «ش» قوي

بعض.

ولو ارتضع خمساً من لبن فحل ثم اعتاض بالغذاء وفارقت ونكحت آخر، فأكملت العدد من لبن الثاني ولم يتخلل رضاع أخرى لم تنصر أمًا، ولم تحرم هي ولا أولادها عليه.

بعض، ولو ارتضع خمساً من لبن فحل ثم اعتاض بالغذاء وفارقت ونكحت آخر فأكملت العدد من لبن الثاني ولم يتخلل رضاع أخرى، لم تنصر أمًا ولم تحرم هي ولا أولادها عليه).

لا خلاف بين أصحابنا في أن الرضاع يشترى للتحريم - بين رصعتين فصاعداً، المقدر بأحد الأمور المذكورة - بشرط أن يكون جميعه من لبن فحل واحد وهو الشرط الثالث

ولا يخفى أن هذا الشرط ليس كالأول، لأن أصل التحريم لا يثبت بالرضاع في حال من الأحوال بدون الشرطين الأولين، فإذا حصل أحدهما كان وجوده كعدمه، بخلاف هذا الشرط، فإنه إما يعتبر لثبوت سحره بين المرتضعين لا مطلقاً

فلو ارتضع ثمان من لبن فحل واحد دفعة أو على التراخي ثبتت^(١) الأخوة بينهما، ولو كانا ذكراً وأشئ حرم كل منهما على الآخر، ولا فرق بين أن يرتضعا معاً من امرأة واحدة أو من مسكوحتين لصاحب لبن بحيث يرضع أحدهما من أحدهما كمال النصاب والآخر من الأخرى كذلك.

ولو تعددوا فبعضوا مائة وأكثر - كمسكوحات بالمتعة أو بملك اليمين - ثبت التحريم بينهم مع رعاية ما قلناه.

ولو تعدد الفحل بحيث ارضع أحد الصغيرين من امرأة من لبن فحل والآخر منها من لبن فحل آخر فلا أخوة ولا تحريم عددن، لقول لياقز عليه السلام: «لا يحرم

(١) في «ش» و«ص»: اصل. وحيث من السحرة الحجرية وهو الايمن بالسياق.

المطلب الثالث: في الأحكام.

إذا حصل الرضاع بشرئطه نشر الحرمة، ولو شككنا في العدد فلا

تحريم.

من الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رصعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فعل واحد^(١).

وسأل عمار الساباطي الصادق عليه السلام عن علام رضع من امرأة، أيجل أن يتزوج أختها لأبيها من الرضاع؟ هل فقال: «لا قد رصعا جميعاً من لبن فعل واحد من امرأة واحدة» هل قلت: يتزوج أختها من الرضاعة؟ قال: «لا بأس بذلك، إن أختها التي لم يرضعها كان فعلها غير فعل الذي رصعت العلامة، فاحتلف الفعلان، فلا بأس»^(٢).

ودهب أبو علي الطوسي صاحب مجمع البيان في التفسير إلى التحريم بذلك، لثبوت الأخوة من الأم^(٣)، وهو يادر، لمخالفته المصوص عن أهل البيت عليهم السلام.

واعلم أن قوله: (ولو ارتضع خمسا) بعد سبق بيانه عند ذكر الشرط الأول، بإعادته تكرار.

قوله: (المطلب الثالث: في الأحكام ، إذا حصل الرضاع بشرائطه نشر الحرمة، ولو شككنا في العدد فلا تحريم).

(١) نهديب ٣١٥٧ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ١٩٣٢ حديث ٦٩٦

(٢) الكافي ٤٤٢٥ حديث ١٠، نهديب ٢٢٠٧ حديث ١٣٢١ الاستبصار ٢٠٣ حديث ٧٢٤

(٣) مجمع البيان ٢٨٠٢

ولو شككنا في وقوعه بعد الحولين تقابل أصلاً البقاء والاباحة، لكن الثاني أرجح.

ولو كان له خمس عشرة مستولدة، فأرضعته كل واحدة رضة لم تحرم المرضعات ولا الفحل للفصل، ولا يصير الفحل أباً ولا المرضعات أمهات. ولو كان بدهن خمس عشرة بنتاً لم يكن الأب حداً.

ولو شككنا في وقوعه بعد الحولين تقابل أصل البقاء والاباحة، لكن الثاني أرجح، ولو كان له خمس عشرة مستولدة فأرضعته كل واحدة رضة لم تحرم المرضعات ولا الفحل للفصل، ولا يصير أباً ولا المرضعات أمهات، ولو كان بدهن خمس عشرة بنتاً لم يكن الأب حداً.

لا خلاف في أنه إذا حصل لرضاع بشرائطه المعتبرة فيه شر المحرمة في الحمل، وسيأتي إن شاء الله تعالى تفاصيل ذلك.

ولو حصل الشك في بلوغ النصاب أو في وصول اللبن إلى الخوف في بعض المرات لم تثبت المحرمة، لأن الأصل عدم المحرم والأصل الاباحة، ولا شك أن الورع يقتضي الاحتراز عنه.

أما لو حصل الشك في وقوع الرضاع في الحولين، فإن أصل بقاء الحولين مقابل لأصل الاباحة، فإن الاباحة كانت ثابتة قبل النكاح، ولأصل بقاؤها، وكون المرتضع في الحولين كان ثابتاً قبل الرضاع والأصل البقاء، وترجح الاباحة لوجوه: أ: أن التقابل والتكافؤ يقتضي التساقيط، فيسقط التحريم قطعاً لانقضاء سببه، ويدل من انتفاءه ثبوت الاباحة، إذ لا يعقل ارتفاع التقيضين.

ب: أن الشك في وقوع الرضاع في الحولين يقتضي الشك في تقدم الرضاع وتأخره، والأصل عدم التقدم.

لا يقال: كما أن الأصل عدم لتقدم فكدا الأصل عدم التأخر.
لأننا نقول: هو كذلك إلا أن الأصل حصل بطريق آخر، وهو أن التقدم يقتضي تحقق الرضاع في أزمة تريد على أزمة تأخره، والأصل عدم الريادة، وإذا وجد هذا الأصل مع أصل الإباحة قوي بجانبه فرجح به.

ج: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ﴾^(١) بعد قوله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾^(٢) من المراد والله أعلم، اللاتي أرضعنكم الرضاع المحكوم شرعاً بوقوعه في الحولين، لأن ذلك شرط قطعاً، وليس محكوماً بكون الرضاع في محل الرضاع وأما في الحولين، فتقابل الأصلين، فيسدرج المتنازع في حل فكاحها في عموم ما وراء ذلك، وهو من أهل المرجحات.

وقد يقال: يرجح التحريم، بأنه إذا تعارض الناقل والمفرج رجح الناقل، لأن التأسيس حيز من التأكيد، ولأنه إذا أحسم الحلال والحرام غلب الحرام.

وضعه ظاهر، لأن ترجيح الناقل في النصوص من حيث اشتباهه على ريادة لا ينافيها الآخر، أما في الأصلين كما هنا فعير واضح.

وإنما يغلب الحرام على الحلال، إذا ثبت التحريم شرعاً، كما إذا اشتملت محرمة بأجنبية، وقد علم مما تقدم أنه لا بد من استكمال الرضعات من امرأة واحدة بلبن فحل واحد، فلا حاجة إلى إعادته.

ويلوح من كلام الشارح الفاضل أن قول المصنف: (لكن الثاني أرجح) إشارة إلى خلاف، حيث قال في آخر البحث، ولأقوى عندي ما هو الأرجح عند المصنف^(٣)، والظاهر أنه لا خلاف هنا يعرف، وبها أراد المصنف بيان دليل المسألة والاشارة إلى تقابل الأصلين وأن أحدهما مرجح على الآخر.

(١) النساء، ٢٤.

(٢) النساء، ٢٣.

(٣) روض الفوائد ٤٩٣.

والأصول في التحريم ثلاثة: المرتضع، والمرصعة، والفحل. فيحرم المرتضع عليهما، وبالعكس.

وتصير المرضعة أمًّا والفحل أبًا، وآباؤهما أجداداً وأمهاؤها جدات، وأولادهما أخوة وأخوات، وأخوتها أخوالاً وأعماماً. فكما حرمت المرضعة على المرتضع حرم عليه أمهاتها وأخواتها وبناتها من النسب، وكذا أولاد الرضيع أحفاد المرضعة.

وكل من ينسب إلى الفحل من الأولاد ولادة ورضاعاً يحرمون على المرتضع، وبالعكس.

ولا يحرم عليه من ينسب إلى المرضعة بالبنوة رضاعاً من غير لبن هذا الفحل، بل كل من ينسب إليها بالولادة وإن نزل.

قوله: (والأصول في التحريم ثلاثة: المرتضع و المرضعة والفحل، فيحرم المرتضع عليهما وبالعكس ، وتصير المرضعة أمًّا والفحل أبًا وآباؤهما اجداداً وجدات وأولادهما أخوة وأخوات وأخواتها أخوالاً وأعماماً، فكما حرمت المرضعة على المرتضع حرم عليه أمهاتها وأخواتها وبناتها من النسب، وكذا أولاد الرضيع أحفاد المرضعة، وكل من ينسب إلى الفحل من الأولاد ولادة ورضاعاً يحرمون على المرتضع وبالعكس ، ولا يحرم عليه من ينسب إلى المرضعة بالبنوة رضاعاً من غير لبن هذا الفحل، بل كل من ينسب إليها بالولادة وإن نزل).

أراد بقوله: (والأصول في التحريم ثلاثة) أن الدين ثبت لهم التحريم الناشئ عن الرضاع المحرم بدور واسطه غير ثلاثة ومن عداهم فانها يتعلق بهم التحريم بسبب هذا الرضاع بتوسط واحد من الثلاثة.

وتحقيقه. أنه إذا حصل الرضاع المحرم، فإن كان المرتضع ذكراً حرم على المرتضعة نكاحه، لأنه ابنها، وإن كان شئ حرم على الفعل نكاحها، لأنها بنته، وكما يحرم عليها نكاح المرتضع، فكذا يحرم عليه نكاحها، لأن التحريم من الجانبين، وحيث أن المرتضعة أم للمرتضع والفعل أب له فأبناؤها أحداد وحدات قطعاً، وكذا أولادها أحوه وأحوات وأخواتها أحوال وأعمام، ضرورة أن الأبوة والأمومة يقتضيان ذلك.

إذا تقرر هذا، فكما حرمت المرتضعة على المرتضع حرم عليه أمهاتها وأخواتها وبناؤها من النسب.

ولو قال: فكما حرمت المرتضعة والفعل على المرتضع حرم عليه أمهاتها وأخواتها وأولادها، لكان أشمل وأوفق لما تقدم من كلامه وأحصر، حيث جعل أصول التحريم ثلاثة: المرتضع والمرضعة والفعل.

ويتعدى التحريم إلى البهين.

وكأنه اعتمد على ظهور ذلك، فمال إلى الاختصار بالسكوت عما يتعدى التحريم من الفعل إليهم، وكذا سكت عن حكم الرضيعة.

وقوله: (من النسب) يمكن أن يريد اختصاصه بالبهات، لما علم من أن الرضاع لا يفيد التحريم بين المرتضعين إلا مع اتحاد صاحب اللبن الذي ارتضعا به، ويمكن أن يريد شموله للأمهات والأحوات أيضاً، نظراً إلى أن التحريم لا يكون إلا مع اتحاد صاحب اللبن، وهو مستف فيه، وسيأتي التصريح بذلك في كلام المصنف في عاشر الفروع.

وقوله: (وكذا أولاد الرضيع أحفاد المرتضعة) يريد به كما أن المرتضعة صارت أمّاً والفعل أباً، فكذا أولاد المرتضع صاروا أحفاداً، ومن هذا يعلم أنه لو قال: وكذا أولاد الرضيع أحفاد المرتضعة والفعل، لكان أولى.

ولا تحرم المرضعة على أب المرتضع ولا على أخيه.
ويحرم أولاد الفعل ولادة ورضاعاً، وأولاد زوجته المرضعة ولادة
لارضاعاً على أب المرتضع على رأي.

وقوله. (وكل من يسب إلى لعن من الأولاد ولادة ورضاعاً يحرمون على
المرتضع وبالعكس، ولا يحرم عليه.) قد سبق بيانه غير مرة، وذكرنا دليل الفرق
بين المرضعة والفعل في ذلك وحلاف الطرسي في ذلك
قوله: (ولا تحرم المرضعة على أب المرتضع ولا على أخيه، ويحرم أولاد
الفعل ولادة ورضاعاً وأولاد زوجته المرضعة) ولادة لا رضاعاً على أب
المرتضع على رأي).

لا ريب أن المرضعة لا تحرم على أب المرتضع، إذ لا مقتضي لذلك بوجه من
الوجوه، فإن أم الولد من النسب ليست حرماً، فكيف من الرضاع، وكذا لا يحرم على
أخ المرتضع، لا انتفاء المقتضي، وأم لأخ من نسب إياها حرمت على أخيه لأنها منكوبة
لأب، وهذا المعنى منتف هنا.
وأما أولاد الفعل ولادة ورضاعاً، فإن في تحريمهن على أب المرتضع قولين
للأصحاب.

أحدهما: - واختاره الشيخ في المبسوط^(١) - عدم لتحريم، لأن أخت الابن من
النسب إياها حرمت لكونها بنت الزوج المدحول بها، فتحریمها بسبب الدحول بأمها،
وهذا المعنى منتف ههنا، والنبي صلى الله عليه وآله قال «إنما يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب»^(٢) ولم يقل يحرم من لرضاع ما يحرم من المصاهرة، وقال في النهاية^(٣)

(١) مبسوط ٢٠٤٤ و ٢٩٢٥

(٢) بقره ٣٠٥٣ حديث ١٤٦٧، صحيح مسلم ١٠٧٢٢ حديث ٩ و ١٧، سنن ابن ماجه ١٢٣١ حديث

١٩٣٧، مسند أحمد ٦ ٢٧٥

(٣) النهاية، ٤٦٢، في نسخة «ص»: الخلا

بالتحريم، وهو ظاهر اختيار ابن ادريس^(١)، واختاره المصنف هنا وفي المختلف^(٢) والتذكرة^(٣) معترفاً فيها بقوة كلام الشيخ في المبسوط.

لصحيحة علي بن مهزيار قال، سأل عيسى بن جعفر أبا جعفر الثاني عليه السلام عن امرأة أرضعت لي صبياً هل يحل لي أن أتزوج بنت زوجها؟ فقال لي: «ما أجود ما سألت، من ها هنا يؤتى أن يقول الناس: حرمت عليه امرأته من قبل ابن الفحل، هذا هو ابن الفحل لا غيره» فقلت له: إن الجارية ليست بنت المرأة التي أرضعت لي هي بنت زوجها، فقال: «لو كنَّ حُرِّمَتْ متعديات ما حلَّ لك شيء منهن وكن في موضع بناتك»^(٤).

وروى ابن يعقوب في الصحيح عن عبد الله بن جعفر قال: كتب إلى أبي محمد عليه السلام أن امرأة أرضعت ولداً لرجل هل يحل لذلك الرجل أن يزوج ابنة هذه المرأة أم لا؟ فوقع عليه السلام: «لا يحل»

وروى أيوب بن نوح في الصحيح قال: كتب علي بن شعيب إلى أبي الحسن عليه السلام: امرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب: «لا يجوز ذلك، إن ولدها صارت بمنزلة ولده»^(٥).

قال المصنف في المختلف بعد إيراد الرواية الأولى - ونعم ما قال -، وقول الشيخ في عاية القوة، ولولا هذه الرواية الصحيحة لاعتمدت على قول الشيخ^(٦).

(١) السرائر: ٢٩٤

(٢) المختلف: ٥٢٠

(٣) التذكرة: ٦٢٢، ٢

(٤) الكافي ٤٤٢: ٥ حديث ٨، التهذيب ٣٢٠: ٧ حديث ١٣٢٠، الاستبصار ٩٩٩: ٣ حديث ٧٢٣

(٥) الكافي ٤٤٧: ٥ حديث ١٨

(٦) الفقيه ٣٠٦: ٣ حديث ١٤٧٠، التهذيب ٣٢١: ٧ حديث ١٣٢٤، الاستبصار ٢٠١: ٣ حديث ٧٢٧

(٧) المختلف: ٥٢٠

ولأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في أولاد
المرضعة وأولاد فعلها ولادة ورضاعاً على رأي.

والأصح لتحريم، وإنها لم يحرم أولاد المرضعة رضاعاً، لما عرفت من أن
التحريم بالرضاع مشروط باتحاد الفعل.

قوله: (ولأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في
أولاد المرضعة وأولاد فعلها ولادة ورضاعاً على رأي).

اختلف الأصحاب في أن أخ المرتضع وأخته من السب هل يحل نكاحهما
لأولاد المرضعة وأولاد فعلها سواء كانوا من النسب أم من الرضاع - والحال أن الأخ
والأخت لم يرتضعا من لبن هذا الفعل - فقال الشيخ في الخلاف: لا يجوز^(١)، وكذا
قال في النهاية^(٢)، لأن أخت الأخ^(٣) من السب لا يجوز نكاحها، فكذا من الرضاع،
ولأن تعليل التحريم على أب المرتضع في الرويات السالفة - بأنهم بمنزلة ولده - قائم
هنا

ودهب ابن ادريس^(٤) وجمع من المتأخرين إلى عدم التحريم، منهم المصنف،
لكنه توقف في المختلف^(٥)، وهو الأصح، فإن دليل التحريم ضعيف، فإن أخت الأخ
من السب لا تحرم إلا على من هي أخت له من الأب أو من الأم، ولهذا لا تحرم أخت
الأخ مع اختلاف الجهة، كالأخ من الأب إذا كان له أخت من الأم، فإنها لا تحرم على
أخيه، لانتفاء سبب التحريم.

(١) الخلاف، كتاب الرضاع، مسألة ١

(٢) انباه: ٤٦٢

(٣) في «ش»: الأب

(٤) البرائر: ٢٩٤

(٥) المختلف: ٥٢٦

ولاخوة المرتضع نكاح اخوة المرتضع الآخر اذا تغاير الأب وإن اتحد اللبن.

وكما يمنع الرضاع النكاح سابقاً كذا يبطله لاحقاً، فلو أرضعت أمه

والتعليل السابق في الروايات لا يقتضي التحريم هنا، لأن مصوص العلة حجة، بمعنى أنه حيث ثبت تلك العلة يثبت التحريم. والعلة المذكورة هي كونهم بمنزلة أولاد أبي المرتضع، وهذا غير موجود في محل النزاع، وليس المراد بحجة مصوص العلة أنه حيث تنسب العلة وما جرى مجراها يثبت الحكم^(١) قوله: (ولاخوة المرتضع نكاح اخوة المرتضع الآخر إذا تغاير الأب وإن اتحد اللبن).

المراد أنه إذا ارتضع أجنبيان من لبن امرأة - سواء كان اللبن كله لعجل واحد، أم ارتضع أحدهما بلبن فعجل وآخر بلبن فعجل آخر - صارا أخوين، فلاخوة أحدهما أن يكحوا في اخوة المرتضع الآخر، لأن هؤلاء لبسوا بمنزلة أولاد صاحب اللبن ولا يبرله اخوة المرتضع، وإياها وثب أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً وأولاد المرضعة ولادة خاصة.

واحترز المصنف بقوله: (إذا تغاير الأب) عما إذا كان أبو كل من اخوة أحد المرتضعين هو أبو اخوة المرتضع الآخر، فإنه لا يجوز النكاح، وهو ظاهر، وأراد بقوله (وإن اتحد اللبن) أن اللبن لدى رضع به كل من الصبيين لعجل واحد.

قوله: (وكما يمنع الرضاع النكاح سابقاً كذا يبطله لاحقاً، فلو

أو من يحرم النكاح بإرضاعه كاخته وزوجته وزوجة أبيه من لبن الأب زوجته
فسد النكاح وعليه نصف المهر.

ولو لم يسم فالمتعة ويرجع به على المرضعة إن تولت الإرضاع
وقصدت الإفساد، وإن انفردت المرتضعة به بأن سعت وامتنعت من ثديها
من غير شعور المرضعة سقط المهر.

أرضعت أمه أو من يحرم النكاح بإرضاعه كاخته وزوجته وزوجة أبيه من
لبن الأب - زوجته فسد النكاح وعليه نصف المهر، ولو لم يسم^(١) فالمتعة
ويرجع به على المرضعة إن تولت الإرضاع وقصدت الإفساد، وإن انفردت
المرتضعة به بأن سعت وامتنعت من غير شعور المرضعة سقط.

لا خلاف في أن الرضاع الذي إذا حصل سابقاً على النكاح يسمعه - لأنه بشر
التحريم - لو حصل لاحقاً أبطله، فلو أرضعت أخته أو زوجته أبيه من لبن
الأب زوجته الرضاع المحرم فسد النكاح، لأن الزوجة يصير بنت أخته بإرضاع أخيه
إياها، وبنت الأخت من النسب حرام.

وإذا أرضعتها زوجته، فإن كان بلبه صارت بنتاً، وإن كان بلبس غيره، فإن
كانت المرضعة مدخولاً بها حرمتاً معاً، وإلا ففسخ النكاح وحرمت المرضعة مؤبداً على
ما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى.

وإن أرضعتها روحه أبيه، فإن كان بلبس الأب حرمت مؤبداً، لأنها أخته، وإلا
فلا، وكذا القول في روحه الابن إذا أرضعت بلبس الابن، وسيأتي تفصيل ذلك إن شاء
الله تعالى.

إذا عرف ذلك فاعلم أنه يجب على الروح للرضيعة نصف المهر، أما
الوجوب فلأن الفسخ ليس من طرف الروح، وأما وجوب النصف خاصة فلأن الفسخ

قبل الدخول يجري مجرى الطلاق.

ويحتمل وجوب الجميع، لأن، لأصح - على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى - أن المهر يجب بالعقد جميعه ويسفر بالدخول، ويتشطر بالطلاق قبله^(١)، ولم يثبت تشطره بسبب آخر، فاستصحب وجوب جميعه إلى أن يثبت السبب المسقط لشيء، وهذا متجه.

هذا كله إذا كان قد سمي مهراً:

ولو لم سم مهراً، بل كانت موصوفة البصع، وحيث المنعة، إلحاقاً لهذا الفسخ بالطلاق، ويحتمل السقوط كما لو ماتت، ووجوب مهر المثل أو نصفه، لاحتصاص المنعة بالطلاق، حيث أن القرآن إنما يرد بها في الطلاق، فلا تنعدي لحكم مورده، والبصع لا يخلو من عوض، وصرح مصنف في المذكور بوجوب المنعة^(٢)، وحكاها عن الشافعي^(٣)، ولم يذكر احتيالا آخر

ثم يرجع لروح ما اعلمه على المرتفعة فولية للأرضاع، فصدت الإفساد، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٤)، لأن البصع مصموم كالأموال، لأنه يقابل بهال في النكاح والخلع، ولا يجب على المريض لمهر لو كح بمهر المثل فما دون، وكذا المريضة المختلعة بمهر المثل

أما إذا لم تقصد الإفساد فما لا تضمن، لأن لسبب مباح، كما لو احتقر بترأ في ملكه فتردني فيها مترد، ولأنها محسنة إلى المرتفعة حيث لا يوجد من يرضعها، ﴿وما على المحسنين من سبيل﴾^(٥)

(١) أي قبل الدخول

(٢) انذكرة ٢ ٦٢٤

(٣) المجموع ١٨ ٢٣٠

(٤) لمبسط ٥ ٢٩٨

(٥) التوبة: ٩٩

ولو أرضعت كبيرة الزوجتين صغيرتها حرمتا أبداً مع الدخول
بالكبيرة، وإلا الكبيرة، وللكبيرة المهر مع الدخول، وإلا فلا، وللصغيرة

والذي يساق إليه النظر عدم الفرق بين الحالين في الصمان وعدمه، لأن
إتلاف الأموال موجب للصمان على كل حال، والفرق بين هذا وبين حرم البئر في الملك
قائم، إذ لا إتلاف من الماهر أصلاً، على أن يقول إن كان الصمان دائراً مع العدوان
فيمنع أن إرضاع الصغيرة عدوان في محل الرع^(١)، فإن قصد لا يصير ما ليس بعدوان
عدواناً، حتى لو حرم في منك بئر^(٢) لم يؤدي فيها الدخول لم يصح بذلك
وأطلق الشيع في الخلاف عدم لصمان على^(٣) لتقديرين^(٤)، والصمان قريب،
وسبقي إن شاء الله تعالى له مزيد تحقيق.

ولو امردت المرصعة بالارتضاع بأن سعت وامصب من نديها من غير شعور
المرصعة سقط مهرها، لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول، فكان كالردة قبل
الدخول، وهو الذي فوّاه المصنف في التذكرة^(٥)، وللشافعي وجه بعدم السقوط بذلك
وأنها تستحق نصف المسمى^(٦)

وتقييد المصنف بقوله (من غير شعور المرصعة) يقتضي أنه مع شعورها لا يسقط،
وكأنه نظر إلى أن تحليتها إياها لرضع بصرلة الفعل، وفيه نظر، ولعله يريد أنه مع
التغذية يكون الفعل مستنداً إليها، فكل صبي حرم السبب، وهو محتمل.

قوله: (ولو أرضعت كبيرة الزوجين صغيرتها حرمتا أبداً مع الدخول
بالكبيرة، وإلا الكبيرة، وللكبيرة المهر مع الدخول، وإلا فلا، وللصغيرة

(١) في «ص» مردى

(٢) خلاف ٨٤٣ مسأله ١٦ من كتاب الرضاع

(٣) سذكره ٦٢٣٢

(٤) المجموع ١٨ ٢٣١

النصف أو الجميع على أشكال، ويرجع به على الكبيرة مع التفرد بالارضاع.

النصف أو الجميع على أشكال، ويرجع به على الكبيرة مع التفرد بالارضاع).

إذا كان لشخص زوجتان إحداهما كبيرة والأخرى صغيرة في محل الرضاع، فأرضعت الكبيرة الصغيرة لرضاع محرم، وإن كان قد دخل بالكبيرة حرماً ابتداءً، أما الكبيرة فلاها أم الزوجة، وأما الصغيرة فلاها ست الروحة المدحول بها، وهذا إذا لم يكن الرضاع من لبنه، وإن كان من لبنه حرماً مؤبداً وإن لم يدخل، لأن الصغيرة قد صارت بنتاً له، ولا خلاف في ذلك كله.

إذا تقرر ذلك فلا ريب أن يكبره مستحق المهر لمسمى إن كان قد دخل بها، لا سفراره بالدحول، فلا يسقط بسبب طارئ، وإن لم يكن قد دخل بها فلا شيء لها، لأن المصغ من جهتها، فكان كالردة.

ولقائل أن يقول: إن كان نسب أو فسح النكاح بالارضاع موجب لاستحقاق الرجوع على المراجعة بالمهر، فيمكن موحياً للرجوع عليها بمهرها بعد الدحول، لأنها تسبب إلى فسح نكاحها، كي إذا طلق الروحة بعد الدحول طلقة واحدة وراحها ودعى وقوع الرجعة في العدة، وأكرب وحلفت ففكحت زوجاً آخر، ثم كذبت نفسها في اليمين وصدقت بزوج، لم يقبل قولها على الثاني، ورجع الأول عليها بمهر المثل وإن كان عد وطأها.

وأحيب عنه بالفرق بأن لعزمها للحيولة بينه وبين البضع المستحق له، لأنها زوجة، بخلاف المتارح، فإن الروحية رآب بالفسح المترتب على الرضاع، وهذا الجواب غير دافع لأصل السؤال.

هذا حكم لكبيره وأم الصغيرة، فإن في استحقاقها المسمى أو نصفه إشكالاً، يشأ من أنه فرق قبل الدحول فينصف به المهر كالطلاق، ومن أن الجميع وجب بالعقد فيستصحب حكمه، ومثبت شرعاً سقوط النصف إلا في لطلاق، والإلحاق

ولو أرضعت الكبيرة الصغائر حرمن جمع إن دخل بالكبيرة، وإلا
الكبيرة.

ولو أرضعت الصغيرة زوجتاء على التعاقب فالأقرب تحریم الجميع؛
لأن الأخيرة صارت أم من كانت زوجته إن كان قد دخل بإحدى الكبيرتين،
وإلا حرمت الكبيرتان مؤبداً وينفسخ عقد الصغيرة.
ولا فرق بين لرضاع قبل لطلاق لهما ولا أحدهما، أو بعده.
وينفسخ نكاح الجميع للجمع والمؤبد على ما فصل.



به قياس، وهذا قوي.

نعم على القول بأن المهر يصغر بالنصف الاسم بالدخول أو بالموت،
وحوب النصف خاصة منحه، ومنها عرمة الروح للصغيرة مهراً - سواء المسمى أو بصفه -
يرجع به على الكبيرة مع الفرد بالارضاع، بشرط قصدها إلى الفساد على القول
باشتراطه، ومطلقاً على القول بالعدم، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى
قوله: (ولو أرضعت الكبيرة الصغائر حرمن جمع إن دخل بالكبيرة،
وإلا لكبيرة).

هذا أيضاً إذا لم يكن اللبس به، وإلا حرمن مؤبداً جميعاً مع الدخول وعدمه،
ولا يخفى أنه إذا كان للبس لغيره ولم يكن دخول بالكبيرة يفسخ نكاح الصغائر أيضاً
وحرمن على الجميع لانهن أحواب، وسيأتي ذلك مرید تحقيق إن شاء الله تعالى
قوله: (ولو أرضعت الصغيرة زوجتاء على التعاقب فالأقرب تحریم
الجميع، لأن الأخيرة صارت أم من كانت زوجته، إن كان قد دخل بإحدى
الكبيرتين، وإلا حرمت الكبيرتان مؤبداً وينفسخ عقد الصغيرة، ولا فرق بين
الارضاع قبل الطلاق لهما أو لأحدهما أو بعده، وينفسخ نكاح الجميع للجمع
والمؤبد على ما فصل).

لا تراعى في تحريم الممرضة الأولى وكذا الصغيرة إن كان قد دخل بإحدى الكبيرتين، وبطل بشارح العاقل فيه الاجماع^(١)، وبسبب عليه أن الممرضة أم الزوجة والصغيرة بنت زوجة مدخول بها، سواء كانت المدخول بها هي الأولى أم الثانية، وإنما النزاع في تحريم الممرضة الثانية

وبالتحريم قال ابن ادریس^(٢) وجمع من المتأخرين كأبي القاسم بن سعيد^(٣) والمصنف، وهو المختار، ووجهه ما ذكره المصنف من أنها أم من كانت زوجته ومن كانت زوجته فاسم الروحة صادق عليها، لأنه لا يشترط في صدق المشتق بناء المعنى المشتق منه على ما قرر في الأصول، فيستريح في عموم قوله تعالى ﴿وَأُمّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ وقال الشيخ في الهدية^(٤) وابن الجوزي^(٥) لا يحرّمها لما رواه علي بن مهزيار عن أبي حمزة عليه السلام قال قيل له إن رجلاً تزوج بحاربه صغيرة، فادّعى أنها زوجته ثم أَرْضَعَهَا امرأة أخرى، إلى قوله فقل عليه لسلام «حرمت عليه الجارية وامراته لقي أَرْضَعَهَا أولاً، أما الآخره لم تحرم عليه»^(٦) ولمسكك ضعيف، لأن سيد الرواية غير معلوم، فلا يعارض حجة الأولين

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا فرق في التحريم المذكور بين كون الرضاع المذكور قبل لطلاق للزوجتين، الكبيرتين أو بعد طلاقهما أو طلاق إحديهما، لأن لطلاق لا ينهي كون المطلقة زوجة

(١) ابصاح الفوائد ٥٢٣

(٢) السرائر ٢٩٤

(٣) السرائر ٢٨٦، ٢

(٤) النساء ٢٧

(٥) لهابة ٤٥٦

(٦) كما عرفت في المختلف ٥٢٦

(٧) الكافي ٤٤٩٥ حديث ١٣

ولو أرضعت أمته الموطوءة زوجته حرمتا عليه ، وعليه المهر أو نصفه، ولا رجوع إلا أن تكون مكاتبة. ولو كانت موطوءة بالعقد تبعت به على اشكال.

نعم لو طلق الكبيرتين ولم يدخل بها ثم أرضعنا الصغيرة بلبن غيره حرمتا مؤبداً، وتبغى زوجة الصغيرة بهاها.

والمراد بقول المصنف (ويوسع نكاح الجميع للجمع) ما إذا كان الارضاع قبل طلاق الكبيرتين أو أحدهما، لا يتصور الجمع بعد طلاقها.
قوله: (والمؤبد على ما فصل).

المراد به تحريم الكبيرتين مطلقاً وصغيرة مع لدخول بأحدهما، كما علم في السابق غير مرة.

وقوله أول الحب (ولو أرضعت الصغيرة روحاء على التعاقب) لا يحصى أنه لا تتصور أرضاعها إياها - عندما - أرضاعاً محرم إلا على التعاقب، وعند السامعي^(١) أنه يتصور الارضاع دفعة بأمر يجب لبها ويخط ويوجره الصغيرة، ولعل المصنف حاول بالتنقييد بكونه على التعاقب الرد عليه

قوله: (ولو أرضعت أمته الموطوءة زوجته حرمتا وعليه المهر أو نصفه، ولا رجوع إلا أن تكون مكاتبة، ولو كانت موطوءة بالعقد تبعت به على اشكال).

أي لو كانت له أمة فأرضعت روحته بصغيره لأرضاع المحرم بلبن غيره، فإن الأمه إن كانت موطوءة حرمت كل من معها عنه، ثم لأمة فلائها أم الروحفة، وأما الصغيرة فلائها بنت مدخول بها

ثم يقول يجب للصغيره جميع المهر نسقن أو نصفه على اختلاف الوجهين،

ويحتمل قوياً عدم التحريم بالمصاهرة، فلأب المرتضع النكاح في أولاد صاحب اللين، وأن يتزوج بأُم المرضعة نسباً، وبأخت زوجته من الرضاع، وأن يكح الأخ من الرضاع أم أخيه نسباً، وبالعكس. والمهرمة التي انتشرت من المرتضع إلى المرضعة وفحلها، بمعنى أنه صار كابن النسب لها، ولقي انتشرت منها إليه موقوفة عليه وعلى نسله،

وهذا سبق بيانها، وأن المنحة بحوب الجميع، ولا وجوع له على الأمة بحال، لأن السيد لا يثبت له على مملوكته مال إلا أن تكون مكنته خطفة أو مشروطه، لا يقطع سلطة المولى عن المكاتب وضرورته بحيث ثبت له عليه مال ولو لم يكن لأمة موطوءة اتصالاً بالنكاح بمعناه، وبحريم الامه مؤبداً، لأنها أم بروحه، ولو كان للسلم للمولى حرماً مؤبداً قطعاً، لأن الصغيرة صار ببه والأمة أم الزوجة.

ولو كانت الأمة موطوءة بالعقد تبع بالمرء الذي عزمه للصغيرة، الجميع أو نصف، على الاشكال السابق في أن مرضعة يرجع عليها بما اغترمه مهر أو عده، نظر إلى أن لبضع كالأموال فيضمن قيمته، أو لا فلا ضمان فان قلب بالنسب يرجع وتبع به الأمة المرضعة إذا أعقب، كما في سائر إنلاقات المايه، واعتبار المقصد في الفساد وعدمه هنا كباقي الطائر، وسيأتي بحقيقته إن شاء الله تعالى.

قوله: (ويحتمل قوياً عدم التحريم بالمصاهرة، فلأب المرتضع النكاح في أولاد صاحب اللين، وأن يتزوج بأُم مرضعة نسباً وبأخت زوجته من الرضاع، وأن يكح الأخ من الرضاع أم أخيه نسباً وبالعكس، والمهرمة التي انتشرت من المرتضع إلى المرضعة وفحلها - بمعنى أنه صار كابن النسب لها - والتي انتشرت منها إليه موقوفة عليه وعلى نسله، دون من هو في طبقته

دون من هو في طبقته من أخوته وأخواته، أو أعلى منه كأبائه وأمهاته،
فللفعل نكاح أم المرتضع وأخته وجدته.

من أخوته وأخواته، أو أعلى منه كأبائه وأمهاته، فللفعل نكاح أم المرتضع
وأخته وجدته).

لا خلاف بين أهل الاسلام في أن الرضاع يقتضي تحريم النكاح إذا حدث به
علاقة مثلها تقتضي التحريم في النسب، كالأبوة والأمومة والأخوة والعمومة والخوالة،
فمنى صار رجل أباً لامرأة بالرضاع حرمت عليه كما يحرم عليها كونت النسب، ثم
يتعدى التحريم إلى سلسلها وأصول صاحب اللبن وأخوته وأعمامه وأخواله. لأن ثبوت
البنية^(١) شرعاً يقتضي كونهم أعماماً وأخوالاً طار كبحرمون عليها بالدلائل الدالة
على تحريم الأعمام والأخوال، ولظاهر قوله عليه السلام: «الرضاع لحمه كلحمه
النسب» على ما سبق ذكره.

ولو كان المرتضع ذكراً حرم على المرصعة وحرمت عليه كما في الأنثى بالنسبة
إلى الفعل، وكما يتعدى التحريم إلى أقرباء المرصعة والفعل والمرتضع الذي يحرم
مثلهم في النسب، كذا يتعدى إلى تحريم المصاهرة الدائرة مع تلك العلاقة، فيحرم على
كل من الفعل والمرتضع حليلة، الآخر، لأن حليلة المرتضع حليلة ابن وحليلة الفعل
حليلة أب، لأن الأبوة واليسوة قد ثبت كل منها، وتحريم حليلة كل من الأب والابن
على الآخر بالنص^(٢) والاجماع.

وهذه المصاهرة ليست ناشئة عن الرضاع، بل عن النكاح الصحيح، وإنما
الناشئ عن الرضاع هو اليسوة، فلما تحققت لزم الحكم الناشئ عن النكاح، وهو كون

(١) كذا في «ش» و«ص» وفي النسخة المجرية النسب.

(٢) لاء ٢٢ و ٢٣.

منكوحته حليمة ابن.

ومثله الأمومة إذا ثبتت للبنت، فإنه يحرم على من دخل بالمرضة التزويج بالثبت، كما يحرم على من عقد على البنت الزوج بالمرضة. وكذا الأجنبية، فإذا ارتضعت بنتان من لبن فحل واحد حرم على من نكح أحدهما أن يجمع إليها الأخرى قطعاً، لأنها أختان، كما يحرم الجمع بين الأختين من النسب.

والحاصل أنه متى ثبت بالرضاع علاقة مثل علاقة النسب - ومثل تلك العلاقة في النسب يتعلق به التحريم - لحق بتلك العلاقة جميع الأحكام الجارية على نظائرها من النسب، سواء تعلقت بنسبه أو مصاهرة.

وهذه الأحكام لا خلاف فيها بين أهل الإسلام، على ما يشهد به كلام القوم من الخاصة والعامة، وظواهر الكتاب ولغة تناول كل ذلك، مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(١)، وقوله سبحانه: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَانِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾^(٢) وإنا قيده بكونهم للصلب ليدفع ما كانوا يعتقدونه من أن المتبني ابن، كما دل عليه قوله تعالى: ﴿لَكَيْلَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ﴾^(٣).

إذا عرفت ذلك فاعلم، أن المصاهرة التي احتل المصنف قوياً عدم التحريم بها هي الأمر الحادث بالرضاع، نظير المصاهرة لحاصلة بالمكاح، مثل كون المرأة أماً للزوجة، فإن هذا الوصف يتحقق بنكاح بنت امرأة، فثبت به التحريم.

فإذا ارتضعت طفل رضاعاً محرماً، فإن المرأة المرضعة صارت بمنزلة الزوجة لأب المرتضع كأم ابنه من النسب، فأما بمنزلة أم الزوجة، وأختها بمنزلة أخت الزوجة.

(١) النساء ٢٢

(٢) النساء ٢٣

(٣) الأحزاب ٣٧

وبنتها بمنزلة بنت الزوجة، والأخ من الرضاع أمه من النسب بمنزلة زوجة الأب، وكذا القول في أم المرتضع من النسب بالاضافة إلى أولاد صاحب اللبن، وكذا أخته بالاضافة إليهم وإلى أبيهم.

وجملة القول في ذلك: أن علاقة المصاهرة إذا حدث نظيرها بالرضاع^(١) لا يوجب تحريماً، فإن سبقت^(٢) النكاح لم يمسح وإن لحقته لم تقطعه، للأصل والاستصحاب، وعموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وراءَ ذَلِكَ﴾^(٣) بعد تعداد المحرمات في الآية الشريفة إلا ما يخرج بدليل، وكظاهر قوله صلى الله عليه وآله: «الرضاع لحمه كلحمه السب» ولم يقل: كلحمه المصاهرة.

وقد اختلف الأصحاب^(٤) في مسائل:

أ: تحريم أولاد صاحب اللبن على أب المرتضع، وتحريم أخوة المرتضع على صاحب اللبن^(٥).

ب: تحريم أخوة المرتضع الذين لم يرتضوا من هذا اللبن على أولاد الفعل.

ج: تحريم أم المرضعة على أب المرتضع، ويحيى مثله في تحريم أم^(٦) المرتضع على الفعل.

والأصح عدم التحريم إلا في الأولى، لورود الروايات الصحيحة فيها بالتحريم^(٧)، وما عداها فلا دليل عليه، والروايات لا تنهض حجة عليه، كما سبق.

(١) لفظ بالرضاع لم يرد في «ش» و«ص» وأنهتاه من النسخة المحررة.

(٢) أي. المصاهرة.

(٣) أساء: ٢٤.

(٤) في «ض»: أولاد صاحب اللبن.

(٥) في «ض»: أم أم.

(٦) نظر الكافي ٤٤٨ ٥ حديث ١٨ و ٤٤١ حديث ٨، الفقه ٣٠٦٣ حديث ١٤٧١ وحديث ١٤٧٠.

استهذيب ٣٢٠ ٧ حديث ١٣٢٠، الاستبصار ١٩٩ ٢ حديث ٧٢٣.

.....

تحقيقه في الكلام على المسألة الثانية من هذه المسائل
وقد قال الشيخ في المبسوط: يجوز للفعل أن يتزوج بأم المرتضع وأخته وجدته،
ويجوز لو ولد هذا المرتضع أن يتزوج بأمي أرضعته، لأنه ما حار أن يتزوج أم ولده من
النسب فبان يجوز أن يتزوج أم ولده من الرضاع أولى^(١)
قالوا: ليس لا يجوز له أن يتزوج أم أم ولده من النسب ويحور أن يتزوج بأم
أم ولده من الرضاع، فكيف جاز ذلك وقد قلنا إنه يحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب.

قلنا: أم أم ولده من النسب هل حرمت بالنسب بل بالمصاهرة قبل وجود
النسب، والسي صلى الله عليه وآله إنما قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٢)
ولم يقل: يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة^(٣)
وقريب منه ذكر المصنف في التذكرة^(٤)، وإن كان في آخر البحث مال إلى العمل
بالروايات لصحتها.

ونحن نقول بذلك، لكننا لا نتعدى مواردها وموضع العلة المخصوصة.
وقد شاهدنا بعض من عاصريه يروي عن بعض الأصحاب أن المرأة إذا
أرضعت ابن أخيها تحرم على زوجها صاحب اللبن، لأنها عمه ابنه، وهي بمنزلة أخته،
ونحو ذلك.

وهذا من الأوهام الفاسدة قطعاً، لأن هذه ليست بينها وبين زوجها بسبب
الرضاع علاقة نسب ولا علاقة مصاهرة، لأن المحرم صيرورتها أختاً ونحو ذلك، أما

(١) كذا، وفي المصدر: فانه يجوز أن يتزوج أم ولده من الرضاع

(٢) الفقيه ٣: ٢٠٥ حديث ١٤٦٧، سنن ابن ماجه ١/ ٦٢٣ حديث ١٩٣٧.

(٣) المبسوط ٣: ٥٥

(٤) التذكرة ٢: ٦٢٢ - ٦٢٣

صير ورثتها كالأخت فلا دليل يدل عليه.

ولو تخيل متعيل أن التعليل في الروايات لتحريم أولاد الفحل على أب المرتضع. بأنهم بمنزلة أولاده، يشعر بأن من كان بمنزلة إحدى المحرمات نسباً يحرم، فتحرم المرأة إذا صارت بمنزلة الأخت والعمة والحالة.

قلنا: إن هذا من الخيالات الفاسدة ولأوهام الباطلة، لأن الذي يعتبر العلة المنصوصة ويحكم بتعديتها، إنما يعتبر نفس ~~بطل~~ ~~بطل~~ ~~بطل~~ فيرتب عليه الحكم إن وجد، لا على ما شابهه.

ولا شك أن هذا من المجازفات في الدين، والعدول عن صريح الكتاب والسنة والدلائل القاطعة عند أهل الشرع، ~~مثل الاستصحاب إلى~~ لقول بالرأي من غير دليل ولا إثارة علم

وقد أعردنا لهذه المسألة رسالة حسنة تسمى الرضاعية، من أراد تحقيقها فليطالع تلك الرسالة.

ثم أرجع إلى العبارة وأعم أن قول المصنف (فلأب المرتضع...) يلوح منه الرجوع عما اختاره في هذه المسألة سابقاً، والتحريم هنا أقوى.

وقوله، (وبأخت زوجته من الرضاع) قول عيب، إن أخت الزوجة حرام، سواء كانت الأختية من النسب أم من الرضاع بلا خلاف، وسيأتي تحريرها في كلام المصنف في الفروع في غير موضع.

قلنا: هذا صحيح، لكن لظاهر أن المصنف يريد بذلك: أن الزوجة من الرضاع لا تحرم أختها، فالجار متعلق بمحذوف، على أنه مع المجرور حال من الزوجة أو صفة لها، لا أنه حال أو صفة من الأخت، وهذا صحيح

وربما نزلت العبارة على أن الضمير في (زوجته) يعود إلى الفحل، والمعنى: أنه يجوز لأب المرتضع أن يتزوج أخت زوجة الفحل.

فروع:

الأول: لو زوّج أم ولده بعد أو بحر، ثم أرضعته من لبنه، حرمت عليها.

الثاني: لو فسخت نكاح الصغير لعيب أو لعنتها، ثم تزوجت وأرضعته بلبن الثاني، حرمت عليها. وكذا لو تزوجت بالكبير أولاً، ثم طلقها، ثم تزوجت بالصغير، ثم أرضعته من لبنه.

وهذا صحيح أيضاً في نفسه إلا أنه يعود عن العبارة جداً لا يهم بها بحال.
وقوله: (فلنفعل نكاح أم المرتضع وأخته وحدته).

لا شبهة في حواز نكاح أم المرتضع، لأنها كزوجته، إنما الكلام في محريم أخته وحدته، وقد أسلفنا أن أخته من النسب حرام على العمل دون جدته منه.
قوله: (فروع أ: لو زوّج أم ولده بعد أو بحر ثم أرضعته من لبنه حرمت عليها).

المحكم واضح، فإنها بالنسبة إلى المرتضع أم وبالنسبة إلى المولى زوجة ابنه من الرضاع، ولا يخفى أن الملك بحاله.

قوله: (ب: لو فسخت نكاح الصغير لعيب أو لعنتها ثم تزوجت وأرضعته بلبن الثاني حرمت عليها، وكذا لو تزوجت بالكبير أولاً ثم طلقها ثم تزوجت بالصغير ثم أرضعته من لبنه).

إذا تزوجت بالصغير، بأن عقد عليها وليه الاجباري ثم هارقه بالفسخ لعيبه أو لحدوث عنتها، ثم تزوجت آخر وأرضعت الصغير بلبن الثاني الرضاع المحرم، حرمت عليها، أما الصغير فلأنه ابنها من الرضاع، وأما الكبير فلأنها حليمة ابنه من

الثالث: لو أرضعت زوجته الكبيرة روجتيه الصغيرتين بلبس غيره دفعة، بأن أعطت كل واحدة ثدياً من لرضعه الأخيرة، انفسخ عقد الجميع، وحرمت الكبيرة مؤبداً، والصغيرتان إن كان قد دخل بالكبيرة، فإن أرضعت زوجة ثالثة حرمت مؤبداً إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلا بقيت زوجته من غير فسخ.

ولو أرضعت واحدة ثم الباقيتين دفعة حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلا فسد نكاح الصغائر، وله العقد على من شاء.

الرضاع، والكلام في المهر على ما سبق، لأن الدخول بوجوبه يفسد به على ما سبق ولو تزوجت بالكبير أولاً ثم طلقها ثم تزوجت بالصغير ثم أرضعته بلبس الأول الرضاع المحرم، فالحكم كذلك أيضاً.

قوله: (ح: لو أرضعت زوجته الكبيرة روجتيه الصغيرتين بلبس غيره دفعة - بأن أعطت كل واحدة ثدياً من الرضعة الأخيرة - انفسخ عقد الجميع، وحرمت الكبيرة مؤبداً والصغيرتان إن كان قد دخل بالكبيرة، فإن أرضعت زوجة ثالثة حرمت مؤبداً إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلا بقيت زوجته من غير فسخ، ولو أرضعت واحدة ثم الباقيتين دفعة حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلا فسخ نكاح الصغائر وله العقد على من شاء).

إذا كان له أربع زوجات واحدة كبيرة وثلاث صغائر، فعلم ما إذا أرضعت الكبيرة واحدة منهن علم بما مضى، وبقي حكم ما إذا أرضعت اثنتين أو الثلاث، فهناك صور خمس، فإن إرضاع الاثنين بما دفعة أو على التعاقب، وكذا إرضاع الثلاث، إلا أن إرضاعهن جميعاً دفعة من الكبيرة لا ينصور، بل إما أن ترضع اثنتين ثم واحدة أو بالعكس، فإن أرضعت اثنتين دفعة الرضاع المحرم بلبس غيره - واحترزه عما إذا كان

لرضاع بلبه - فإن التحريم مؤبداً لجميع على كل حال.
وقد فسّر المصنف الدفعة باعطائها كل واحدة تدياً من لرضعة الأخيرة،
واعتبر الرضعة الأخيرة لأنها التي ما يتحقق تمام المصائب، ويترتب على الرضاع
لتحريم، فلا عبرة بالتعاقب بالابتداء^(١) أو تقدم بعض، وكان عليه أن يعتبر مع ذلك
أن تروياً من الأخيرة دفعة ليتحقق ما ذكره، فلو سبقت إحداهما سبق تحريمها.
إذا تقرر ذلك، فإنه مع تحقق لدفعة ينفسخ نكاح الجميع، وهن الصغيرتان
والكبيرة، لتحقق الجمع بين الأم وبنتها في النكاح وهو محرم، ولا أولوية، ولم يبق إلا
انفساخ، وتحرم الكبيرة مؤبداً لأنها أم الزوجة، والصغيرتان إن كان دخل بالكبيرة، وإلا
عقد على من شاء منها، لأنها أختان
والكلام في المهر على ما سبق

وإن أرضعتها على لتعاقب، ينفسخ نكاح الأولى مع الكبيرة، وبقي نكاح
الثانية إن لم يدخل بالكبيرة، لاستواء الجمع المحرم، ولا محل له الأولى، إلا إذا فارق
هذه، وحكم هذه معلوم من قوله فيما بعد (وإن لم يكن دخل انفساخ نكاح الأولى...).

ولو أرضعت الثالثة بعد إرضاع الأولتين دفعة، وهي الصورة الثالثة، فتحرم
الجميع مؤبداً، إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلا بقي نكاح الأخيرة من غير فسخ،
لانتفاء الجمع المحرم المفتضي للفسخ حيث انفسخ نكاح الكبيرة مع الصغيرتين
المرتضعتين أولاً.

ولو انعكس لفرض، وهو الصورة الرابعة، بأن أرضعت واحدة من الصغائر
ثم اثنتين دفعة، فلا بحث في محريم الجميع مع الدخول بالكبيرة، وبدونه ينفسخ نكاح
الكبيرة والصغيرة الأولى، لجمع بين الأم وبنتها في النكاح، ثم ينفسخ نكاح

(١) في الأصل: بالتعاقب في الابتداء.

ولو أرضعتهم على التعاقب، فإن كان قد دخل حرم من مؤبداً، وإن لم يكن دخل انفسخ نكاح الأولى دون الثانية؛ لأن الكبرى قد بانّت فلم يكن جامعاً بينها وبين بنتها.

فإذا أرضعت الثالثة احتمل فساد نكاحها خاصة؛ لأن الجمع بين الأختين تم بها فاختصت بالفساد، كما لو تزوج بأخت امرأته وفساد نكاحها مع الثانية؛ لأن عند كمال رضاعها صارتا حتين فانفسخ نكاحهما، كما لو كان أرضاعهما دفعة.

الصغيرتين الأخيرتين، لأنها صارتا أختين، فيمتنع الجمع بينهما في النكاح، ولا أولوية، فينفسخ نكاحها معاً^(١)، وسحير في العقد على من تمام من الصغائر والكلام في المهر وقدره وثبوت الرجوع على المارضة على ما سبق تفصيله.

قوله: (ولو أرضعتهم على التعاقب، فإن كان قد دخل حرم من مؤبداً، وإن لم يكن دخل انفسخ نكاح الأولى دون الثانية، لأن الكبرى قد بانّت، فلم يكن جامعاً بينها وبين بنتها، فإذا أرضعت الثالثة احتمل فساد نكاحها خاصة - لأن الجمع بين الأختين تم بها، فاختصت بالفساد، كما لو تزوج بأخت امرأته - وفساد نكاحها مع الثانية، لأن عند كمال رضاعها صارتا أختين فانفسخ نكاحهما، كما لو كان أرضاعهما دفعة).

هذه هي الصورة الخامسة، وتحقيقها، أن الروجة الكبيرة إذا أرضعت الروجات الصغائر على التعاقب، أي: واحدة ثم أخرى ثم ثالثة، فمع الدخول بالكبيرة يحرم الجميع مؤبداً، وبدونه ينفسخ نكاح الكبيرة مع الأولى عند تمام إرضاعها للجمع المحرم، فإذا أرضعت الثانية لم ينشأ محذور لانتهاء الجمع بين الأم وبنتها في النكاح.

الرابع: لو أرضعت أمته زوجته بلبن غيره حرمت الأمة مؤبداً ولم يزل ملكها، وكذا الزوجة إن كان قد وطأ الأمة، وإلا فهي على الزوجية من غير فسخ ولا تحریم .

فاذا أرضعت الثالثة، ففي الحكم احتمالان:

أحدهما: انفساخ نكاح الثالثة فقط دون الثانية، لأن الجمع بين الأختين ثم بهما، فاغتصت بفساد النكاح، كما لو تزوج بأخت امرأته، فإن نكاح الأخت مخصوص بالبطلان دون نكاح الزوجة، والعرقى قائم، فإن نكاح الأخت لم يسبق صحته، والمانع منه موجود وهو استلزامه حصول الجمع المحرم، بخلاف ما هنا، فإن نكاح كل قد سبق صحته، وبحدوث الأختية تحقق الجمع بين الأختين في النكاح الصحيح، ولا أولوية لواحدة على الأخرى.

الثاني: الحكم بانفساخ النكاحين معاً، لأن عند كمال إرضاعها صارتا أختين، فانفسخ نكاحهما، إذ لا أولوية لأحدهما على الأخرى في حصول سبب المقتضي لبطلان النكاح بالنسبة إليهما، فهو كـ لو كان إرضاعها دفعة، وينبى على هذا أمران: الأول: أن المعلول الموجود عند الحرء الأخير من العلة لا يستند إلى ذلك الجزء على انفراده، وإلا لكان ما فرض جرمه علة علة تامة، وهو باطل.

الثاني أن الأخوة والأختية من الأمور الاصلية، فلا ينبت من أحد الجانبين إلا مع ثبوتها من الجانب الآخر، فاد ترتب عليها حكم لم يختص بأحد الجانبين، لأن الاشتراك في مقتضى الحكم يقتضي اشتراك فيه، ومعلوم أن معنى الأختية يشتهر للجانبين على حد سواء عند كمال الإرضاع.

والأصح انفساخ النكاحين.

قوله: (د: لو أرضعت أمته زوجته بلبن غيره حرمت الأمة مؤبداً ولم يزل ملكها، وكذا الزوجة إن كان قد وطأ الأمة، وإلا فهي على الزوجية من غير فسخ ولا تحریم).

الخامس: لو أرضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجاته، كل واحدة زوجة دفعة، حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلا الكبيرة، وانفسخ عقد الصغائر، وله تجديدهم جميعاً، لأنهن بنات خالات، ولكل صغيرة نصف مهرها، ويرجع به الزوج على مرضعتها، وللكبيرة المهر، ويرجع به على البنات بالسوية.

ولو ارتضعن بأنفسهن بالاستقلال فلا ضمان، وفي تضمين الصغار مهر الكبيرة نظر.

ولو أرضعن على التعاقب تعلق بالأولى مهر الكبيرة، أو نصفه ونصف مهر الصغيرة.

أحرر يكون اللبن لغيره عما إذا كان اللبن له، فإنها تحرم ما مؤبداً وإن لم يكن قد وطأ الأمة، ووجه عدم روال ملك الأمة في الصورة التي فرضها ظاهر، فإن أم الروجة لا يمسع ملكها وإن حرم وطأها، وظاهر أنه إذا لم يكن قد وطأ الأمة لا تحرم الروجة بارصاع الأمة إياها، إذ لا تحرم على الشخص بنت مملوكته التي لم يطأها لا عبناً ولا جمعاً، فلا تحريم حينئذ ولا قسح.

قوله: (هـ): لو أرضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجاته كل واحدة زوجة دفعة، حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلا الكبيرة، وانفسخ عقد الصغائر، وله تجديدهم جميعاً، لأنهن بنات خالات، ولكل صغيرة نصف مهرها، ويرجع به الزوج على مرضعتها، وللكبيرة المهر، ويرجع به على البنات بالسوية، ولو ارتضعن بأنفسهن بالاستقلال فلا ضمان، وفي تضمين الصغائر مهر الكبيرة نظر، وإن أرضعن على التعاقب، تعلق بالأولى مهر الكبيرة أو نصفه ونصف الصغيرة.

وعلى كل من الباقيتين نصف مهر من أرضعتها مع الدخول، وإلا فلا رجوع؛ لبقاء النكاح بحاله، فإن نكاح الكبيرة قد زال قبل الارضاع، فلا جمع.

وعلى كل من الباقيتين نصف مهر من أرضعتها مع الدخول، وإلا فلا رجوع، لبقاء النكاح بحاله، فإن نكاح الكبيرة قد زال قبل الارضاع، فلا جمع.

لو كان له روضة كبيرة وثلاث صغائر كالكبيرة ثلاث بنات مراصع، فأرضعت كل واحدة منهن صغيرة من الثلاث الرضاع المحرم، فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمن جمع مؤبداً، سواء رضعن معاً أم على لترتيبهن لأن الكبيرة حده نسانته، والصغائر بنات بنات روجه المدخول بها.

وإن لم يكن قد دخل بها، حرمت الكبيرة مؤبداً وبفسخ عقد الصغائر جميعاً، إن كان ارتضاعهن دفعة واحدة بأن حصل الاقتران في آخر الرضعة الأخيرة، لثبوت الجمع بين الأم وبنات بناتها في النكاح، ثم يحدد نكاحهن إن أراد جمعاً، لأنهن بنات خالات.

وهذا إذا لم يكن اللبس لفحل واحد، فلو كان بأن تروح شخص الأولى ثم فارقها وهي ذات لبس منه وهكذا صاع في الثانية، ثم تروح الثالثة وصارت ذات لبس منه، فلهن إذا أرضعن الصغائر هـ بلس حرمن جمعاً، لأنهن أخوات حينئذ.

ولو كان الارضاع لم على التعاقب، حرمت الكبيرة مؤبداً وبفسخ نكاح أولى للصغائر خاصة، للجمع بينهن وبين جدتها، ثم يحدد نكاحها إن شاء، وأما نكاح الباقيتين فانه بلى بحاله، وهذا بشرط عدم الدخول بالكبيرة، ويكون لهن كل بنت لفحل^(١)

(١) في «ص» وكون لليس لليس كل فعل وفي «هـ» وكون لليس بنت لفحل، والتميز من السعة المجزية.

ولو أرضعت اثنتان دفعة واحدة^(١) انفسخ نكاح الأولتين خاصة، ثم يحدد نكاحها إن شاء، ولو ارتضعن بأنفسهن دفعة أو على التعاقب فالكلام في التحريم والانفساخ على ما سبق.

وأما الكلام في المهر، فإن لكل صغيرة نصف مهرها المسمى أو جميعه على الخلاف السابق، وقد بينا ما هو الأرحح، ويرجع الروح على مرضعتها، إما مطلقاً أو مع قصدها إلى إفساد النكاح على ما فيه، وفيه الخلاف السابق من أنه لا رجوع أصلاً، وقد بينا ذلك، فلا حاجة إلى إعادته.

وللكبيرة المهر مع الدحول، ويدونه به الخلاف السابق ويرجع به الروح على البنات الثلاث بالسوية إن لم يكن دخل بها، أما مع الدحول فلا رجوع، على ما صرح به المصنف في التذكرة^(٢) وغيرها، لا استقراره بالدحول، وقد أطلق الرجوع به هنا، وكأسه اكتفى بها يدل عليه ظاهر كلامه السابق فيما لو أرضعت كبيرة الزوجتين صغيرتهما، فإنه قال هناك. (وللكبيرة المهر مع الدحول، وإلا فلا) ولم يذكر رجوعاً، وذكر الرجوع في مهر الصغيرة.

ولو ارتضعن بأنفسهن: بأن سبعين إلى البنات وهن نائبات فارتضعن الرضاع المحرم، فلا مهر لهن، لأن الفرقة قبل الدخول من جهتين، فكانت كالردة، لكن في تضمين مهر الكبيرة نظر، يشأ من التردد في أن لسبب إلى فسخ النكاح بفعل مقتضيه هل يوجب غرم المهر أم لا، وأن قصد الإفساد هل هو شرط الرجوع أم لا، والتضمن قوي، لأن البضع متقوم، فهو في حكم الأموال، والاتلاف موجب للضمان في الصغيرة والكبيرة.

(١) في السبعة المحرمة. ثم وحدة

(٢) التذكرة ٦٢٦.٢ - ٦٢٧

السادس: لو أرضعت أم الكبيرة أو جدتها أو أختها على إشكال
فيهما الصغيرة ولم يدخل انفسخ النكاح؛ لأن المرضعة إن كانت الأم
فالكبيرة أخت، وإن كانت الأخت فخالة، وإن كانت الجدة فالصغيرة خالة.

فإن قلنا به استوين في الرجوع عليهن بمهر الكبيرة مع الارتضاع دفعة، وإلا
فعل الأولى إن تعاقبن، وإلا فعل الأولى
ولو كان رضاع البنت إياهن على التعاقب تعلق بالأولى مهر الكبيرة أو
نصفه، وذلك مع الدخول وعدمه، بناء على أنه ينتصف قبل الدخول، وكذا يتعلق بها
نصف مهر الصغيرة، وعلى كل من البنتين الباقيتين نصف مهر الصغيرة، وعلى كل من
البنتين الباقيتين نصف مهر الصغيرة التي أرضعها إن كان قد دخل بالأم - وهذا إذا
قدس؛ بأن المهر ينتصف بالفسخ بالرضاع قبل الدخول - وإن لم يكن دخل بالأم
فالنكاح صحيح بحاله، لأن نكاح الكبيرة قد انفسخ قبل ذلك، فانتفى الجمع المحرم
واعلم: أن تقييد المصنف أول البحث بكون الرضاع لجميع الزوجات دفعة،
إنما يحتاج إليه إذا كان الرضاع قبل الدخول بالكبيرة، لاختلاف الحكم، أما بعده
فلا تفاوت.

قوله: (و: لو أرضعت أم الكبيرة أو جدتها أو أختها - على إشكال
فيهما - الصغيرة ولم يدخل انفسخ النكاح، لأن المرضعة إن كانت الأم
فالكبيرة أخت، وإن كانت الأخت فخالة، وإن كانت الجدة فالصغيرة
خالة).

لو كان له زوجتان كبيرة ورضعية، أرضعت أم الكبيرة لصغيرة الرضاع
المحرم انفسخ النكاح، لأنها صارن أختين، ولو أرضعت جدة الكبيرة أو أختها
الصغيرة، ففي انفساخ النكاح هنا إشكال.

السابع: لو تزوج كل من الاثنين زوجة صاحبه، ثم أرضعت أحدهما الأخرى، حرمت الكبيرة عليهما مؤبداً، والصغيرة على من دخل بالكبيرة، وكذا لو تزوجتا بواحد ثم بآخر.

ينشأ: من أن المرضعة إن كانت الجدة للأم صارت الصغيرة خالة للكبيرة، وإن كانت جدة للأب كانت الصغيرة عمّة، وإن كانت الأخت صارت لكبيرة خالة للصغيرة، والجمع بين العمّة وبنت الأخ والحدة وبنت الأخت في الكاح منهى عنه، لقوله عليه السلام: «لا تنكح المرأة على عمّتها ولا على خالتها»^(١).

ومن أن هذه النسبة بمجرد هذا غير مائة من الكاح، فبأنه لو أذنت العمّة أو الخالة، أو تقدّمت بنت الأخ أو بنت الأخت ورضيت العمّة والخالة جاز الجمع، ولم يبق دليل على عدم جواز الجمع هنا، فيستحب النكاح السابق.

والتحقيق أن يقال إن الجمع بين العمّة وبنت أخيها، وبين الخالة وبنت أخيها في النكاح بغير رضا العمّة والخالة ممنوع منه، ولهذا لو عقد أحد الوكيلين على بنت الأخ والوكيل الآخر على عمّتها في زمان واحد، لم يقع كلّ من النكاحين صحيحاً ماصياً ولا واحد منهما بدون الآخر، لانتهاء المرجح، بل يقعان موقعين، وكذا لو تزوجها في عقد واحد، وعلى هذا فيكون الرضاع المحدث بهذه النسبة موجباً لاجتماعها في النكاح، وهو مهى عنه بدون الإذن، والفرض انتفاءه.

قوله: (ز: لو تزوج كل من الاثنين زوجة صاحبه ثم أرضعت إحداهما الأخرى، حرمت الكبيرة عليهما مؤبداً والصغيرة على من دخل بالكبيرة، وكذا لو تزوجت بواحد ثم بآخر).

الثامن: لو أرضعت جدة الصغيرين أحدهما انفسخ النكاح؛ لأن المرتضع إن كان هو الزوج، فهو إما عم زوجته أو خالها، وإن كانت الزوجة فهي إما عمة أو خالة لزوجها.

لو كان لاثني زوجتان إحداهما مرضعة ولأخرى رضعة، فعارق كل منهما زوجته وتزوجها الآخر، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة بلبن ثالث، حرمت الكبيرة عليها مؤبداً، ولصغيرة على من دخل بالكبيرة. أما تحريم الكبيرة عليها مؤبداً، فلا ينافي أم زوجها، إلا أنه لا خلاف في تحريمها على من الصغير، لأن زوجته، إن اختلف في تحريمها على من كانت الصغيرة زوجته، وقد سبق تحقيقه. وأما الصغيرة، فإنها بالإضافة إليها بنت الروجة، ولا تحرم بنت الروجة إلا مع الدخول بأمرها.

ولو لم يكن الارضاع بين ثالث لحرمتا على صاحب اللبن مؤبداً وإن لم يدخل بالكبيرة، والكلام في المهر على ما سبق. ولو أن أحدهما تروح بالكبيرة ثم فارقها، فتزوجها آخر، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة بلبن ثالث، لكان لحكم كذا أيضاً.

قوله: (ح: لو أرضعت جدة الصغيرين أحدهما انفسخ النكاح، لأن المرتضع إن كان هو الزوج فهو إما عم زوجته أو خال، وإن كانت الزوجة فهي إما عمة أو خالة لزوجها).

المراد: أنه إذا زوج رضيع برضعة ولها معاً جدة من قبل الأم أو من قبل الأب، كأم أم أمها أو أم أم أم أمها، ثم أرضعت أحدهما الجدة المذكورة، فإن النكاح ينفسخ، لأن المرتضع إن كان هو الزوج والحدة للأب فهو عم زوجته، وإن كانت الجدة للأم

التاسع: لو أرضعت من لبن الزوج بعد موته نشر المحرمة إلى أقاربه.
 العاشر: لا تحرم أم المرضعة من الرضاع على المرتضع، ولا أختها منه،
 ولا عمتها منه، ولا خالتها، ولا بنات أختها، ولا بنات أخيها وإن حرمن
 بالنسب؛ لعدم اتحاد الفحل.
 ولو أرضعت ذات الابن ذات الأخت لم تحرم الأخت على الابن.

فهو خال زوجته، وإن كان المرتضع هو الزوجة فهي لها حمة زوجها إن كانت المرضعة
 جدة الأب، وإلا فخالته.

قوله: (ط: لو أرضعت من لبن الزوج بعد موته نشر المحرمة إلى
 أقاربه).

لأن كون اللبن له لا يزول بالموت، ولا استصحاب ما كان قبل الموت،
 والتمسك بعمومات الكتاب والسنة المتناولة لهذا الرضاع مع انتفاء المعارض.

قوله: (ي: لا تحرم أم المرضعة من الرضاع على المرتضع ولا أختها
 منه ولا عمتها منه ولا خالتها ولا بنات أختها وإن حرمن بالنسب، لعدم
 اتحاد الفحل، ولو أرضعت ذات الابن ذات الأخت لم تحرم الأخت على
 الابن).

أطبق الأصحاب على أن حرمة الرضاع لا يثبت بين مرتضعين إلا إذا كان
 اللبن لفحل واحد، وقد حققنا هذا فيما تقدم، وأوردنا النص الوارد بذلك، وحكي لنا
 خلاف الطبرسي.

فعل هذا لو كان لمن أرضعت صبياً أم من الرضاع لم تحرم تلك الأم على الصبي،
 لأن نسبتها إليه بالحدودة إنما تتحصل من رضاعة من مرضعته ورضاع مرضعته منها،

ومعلوم أن اللبن في الرضاعين ليس لفعل واحد، فلا تثبت الجوددة بين المرتضع والأم المذكورة، لانتفاء الشرط، فينتفي التحريم.

ومن هذا يعلم أن أختها من لرضاع وعمتها منه وخالتها منه لا يحرم وإن حرم بالنسب، لما قلناه من عدم اتحاد الفعل، ولو كان المرتضع أنثى لم يحرم عليه أبو المرضعة من الرضاعة ولا أخوها منه ولا عمها منه ولا خالها منه، لمثل ما قلناه.

قيل: عموم قوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١) يقتضي التحريم هنا، وأيضاً فإنهم قد أطلقوا على مرضعة المرضعة أنها أم، وعلى المرضعة بلبن أبي المرضعة أنها أخت، فتكون الأولى حدة والثانية خالة، فيندرجان في عموم التحريم للحدة والخالة، وكذا البراقع.

قلنا: الدال على اعتبار اتحاد الفعل خاص، فلا حجة في العام حيثئذ، وأما الإطلاق المذكور فلا اعتبار به مع فقد الشرط، فإنهم أطلقوا على المرتضع أنه ابن للمرضعة وعلى المرضعة أنها بلبن فعل آخر أنها بنت لها أيضاً، ولم يحكموا بالأخوة المشرية للتحريم بين الابن والبنت، لعدم اتحاد الفعل.

وفي قول المصنف: (ولا بنات أختها) مع قوله: (وإن حرم بالنسب) مناقشة، لأن بنات أخت المرضعة من النسب لا يحرم، لأنهن بنات خالة، فقوله: (ولا بنات أختها) من سهو القلم، وبعض النسخ خالية منه.

وقوله: (ولو أرضعت ذات الابن ذات لأخت...) هو بيمينه ما مر من قوله: (ولأولاد هذا الأب الذين لم يرتضوا من هذا اللبن النكاح في أولاد المرضعة) وقد يفرق بينهما: بأن الأخت ربما كانت أختاً للمرضعة من أمها، فلا يتناولها قوله: (ولأولاد هذا الأب).

الحادي عشر: حرمة الرضاع تنشر إلى المحرمات بالمصاهرة، فليس للرجل نكاح حلائل آبائه من الرضاع، ولا حلائل أبنائه منه، ولا أمهات نسائه ولا بناتهن منه.

قوله: (يا: حرمة الرضاع ينشر إلى المحرمات بالمصاهرة، فليس للرجل نكاح حلائل آبائه من الرضاع ولا حلائل أبنائه منه ولا أمهات نسائه ولا بناتهن منه).

المراد من هذا: أنه إذا تيسر بالرضاع سببه النسوة هي المرتضع وصاحب اللبن تبعها أحكام المصاهرة الثابتة بالنكاح، فإذا كان لصاحب اللبن زوجة غير المرضعة أو موطوءة بملك اليمين، فهي حليته أب تحرم، لا تدرأها في عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(١)، وكذا القول في حليته المرتضع بالنسبة إلى الفعل.

ومثله أخت المكوحة من الرضاع معها، لا تدرأها في قوله سبحانه: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾^(٢)، ومثله بنت أخت الزوجة وبنت أختها إذا كانتا من الرضاع مع العمة والخالة إذا لم تأديا، وقد حققنا ذلك فيما سبق قبل الفروع. وفي الحواشي المسبوبة إلى شيخنا الشهيد، أن هذا رجوع عما سلف من قوله: (ويحتمل قوياً عدم التحريم بالمصاهرة).

وليس كذلك حتماً، وكل من لاحظ ما حققناه كمال الملاحظة لم يشك في أنه ليس كذلك.

(١) النساء: ٢٢

(٢) النساء: ٢٣

الثاني عشر: لو أرضعت من يفسد النكاح بارضاعه جاهلة بالزوجية، أو للخوف عليها من التلف، ولم تقصد الإفساد، وقلنا بالتضمنين، ففيه هنا إشكال ينشأ: من كون الرضاع سبباً، فإذا كان مباحاً لم يوجب الضمان كحفر البئر في ملكه.

قوله: (يب: لو أرضعت من يفسد النكاح بارضاعه جاهلة بالزوجية أو للخوف عليها من التلف ولم تقصد الإفساد وقلنا بالتضمنين، ففيه هنا إشكال، ينشأ من كون الرضاع سبباً) فإذا كان مباحاً لم يوجب الضمان، كحفر البئر في ملكه.

قد سبق أن المرصعة إذا قصدت بالرضاع إفساد النكاح الحاصل، فهي "ضمانها ما أعزمه الزوج من المهر قولان

فعل القول بعدم لضمان مع القصد المذكور، لا كلام في عدم الضمان مع انتفائه.

وعلى القول بالضمان معه، فهل يضمن مع انتفائه - كما لو أرضعت الصغيرة مثلاً جاهلة بكونها زوجة، بها من لنسب مثلاً، أو مع علمها بالزوجية، لكن خافت على الصغيرة من التلف، لفقد من ترصعها غيرها في محل الحاجة ولم تقصد مع ذلك الإفساد - فيه إشكال، ينشأ عما ذكره المصنف، وهو:

أن الرضاع سبب لإفساد النكاح، فإذا كان مباحاً لم يوجب الضمان، كحفر البئر في ملكه، فإنه لكونه مباحاً لا يضمن المأمر ما يتلف بسببه، وأيضاً فإن الرضاع في هذه الحالة إحسان خال عن الضرر، فيندرج في عموم: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾^(١).

(١) في جميع النسخ في وما اتسأ هو الصحيح.

(٢) التوبة: ٩١

الثالث عشر: لو سعت الزوجة الصغيرة فارتضعت من الزوجة الكبيرة وهي نائمة، رجع في مال الصغيرة بمهر الكبيرة، أو نصفه على اشكال.

فإن أرضعتها عشر رضعات، ثم نامت فارتضعت خمساً، احتل الحوالة بالتحريم على الأخيرة، فالحكم كما لو كانت نائمة في الجميع، والتقسيط، فيسقط ثلث مهر الرضعة بسبب فعلها، ونصف المهر بوجود الفرقة قبل الدخول، ويسقط ثلثا مهر الكبيرة.

ومن أنه إتلاف لمتقوم مضر، فلا يفرق الحال فيه بقصد الفساد وعدمه، كسائر الاتلافات.

ولعائل أن يقول: إن كان إباحة السبب موجباً لسقوط الضمان، لم يتحقق الضمان في شيء من الصور المذكورة أصلاً، لأننا لا نسلم تحريم الارضاع على تقدير قصد الفساد وإن حرم القصد، ولأنه يلزم عدم الضمان للمهر لو أقرت لزيد بالنكاح لا اعتقادها كونها زوجة له ثم تغير اعتقادها ففقرت لعمرو، ولأن إقرارها الأول مباح، وهي محسنة بزعمها، وللمطر فيه محال.

قوله: (يج: لو سعت الزوجة الصغيرة فارتضعت من الزوجة الكبيرة وهي نائمة رجع في مال الصغيرة بمهر الكبيرة أو بنصفه على إشكال.

فإن أرضعتها عشر رضعات ثم نامت فارتضعت خمساً، احتل الحوالة بالتحريم على الأخير والحكم كما لو كانت نائمة في الجميع. والتقسيط فيسقط ثلث مهر الرضعة بسبب فعلها، ونصف المهر بوجود الفرقة قبل الدخول ويسقط ثلثا مهر الكبيرة.

فإن كانت غير مدخول بها سقط الباقي ؛ لأنه أقل من النصف الساقط بالفرقة. وتغرم للصغيرة سدس مهرها، ويرجع به على الكبيرة. ويحتمل سقوط سدس مهر الصغيرة، وتغرم الكبيرة ثلثه وسقوط ثلث مهر الكبيرة، وتغرم الصغيرة سدسه إن كان قبل الدخول، وبعده على أشكال.

فإن كانت غير مدخول بها سقط الباقي، لأنه أقل من النصف الساقط بالفرقة، وتغرم للصغيرة سدس مهرها ويرجع به على الكبيرة، ويحتمل سقوط سدس مهر الصغيرة وتغرم الكبيرة ثلثه، وسقوط مهر الكبيرة وتغرم الصغيرة سدسه إن كان قبل الدخول، وبعده أشكال).

هما مسألتان:

أ: إذا تولت الزوجة الصغيرة برضاع من الكبيرة بليس غيره وليس للكبيرة شعور بذلك - بأن كانت تامة ونحو ذلك - فإن لربها أن يفسخ على ما سبق، ويجب للكبيرة مع عدم الدخول جميع المهر أو نصفه على القولين.

وهل يرجع بذلك في مال الصغيرة؟ فيه إشكال، يشأ من التردد في اشتراط انتفاء القصد إلى الفساد في ثبوت العزم وعدمه، ويمكن أن يكون الاشكال باعتبار التردد في الرجوع بعوض البضع، وقد سبق الكلام فيه.

وقول المصنف (رجع في مال لصغيرة بمهر الكبيرة أو نصفه) اشارة إلى التردد في استحقاق المهر كله أو نصفه بالانفساح قبل الدخول، لأن الفسخ بعد الدخول يوجب المهر جميعه، ولا يستحق الزوج الرجوع به، لسبق استقراره بالوطء، فلا أثر للتردد بالرجوع بالمهر أو نصفه على تقدير الدخول أو عدمه

ب: لو أرضعت الكبيرة الصغيرة عشر رضعات ثم نامت فارتضعت الصغيرة

خمساً أُخرى انفسخ الكاح، لبلوغ النصاب المقتضي للتحريم، وحينئذ ففي حوالة التحريم على الرضاع الأخير أو على مجموع الرضعات احتمالان

أحدهما: الحوالة على الأخير، لاستفاء التحريم قبله وتحققه مع حصوله، فيكون هو السبب وما تقدمه شرط، ومثله ما إذا كان الصيد يمتنع بسببين العدو والطيوان، فأبطل واحد عدوه وآخر طيرانه، فانه يكونه للأخير، فعلى هذا يسقط مهر الصغيرة ويضمن مهر الكبيرة قبل الدخول، إما جميعه أو نصفه على ما سبق

الثاني اعتبار سببية المجموع في النصاب، للأطابق على أن المقتضي للتحريم هو مجموع خمس عشرة رصة أو ما جرى مجراها، وأبعاها أجراء العلة، فكل بعض منها جرم علة، ولا ريب أن الحرة الأخير من العلة ليس هو العلة، فعلى هذا يقسطن المهر على أجراء السبب، وفيه احتمالان

أحدهما: اعتبار المقسطن، وهو فعل لزوجة من أصل المهر الواجب بالعقد مع ما يسقط بالفرقة قبل الدخول على القول بسقوط النصف بها، فيجب للصغيرة سدس المهر، وذلك لأن فعلها ثلث السبب، فيسقط به ثلث مجموع مهر ونصفه بالفرقة قبل الدخول، فيبقى سدس يدفعه إليها ويرجع به على الكبيرة.

وأما الكبيرة إذا كانت غير مدخول بها، فإنها لا تستحق شيئاً، لأن فعلها ثلثا السبب، فيسقط به ثلثا المهر، ويسقط بالفرقة قبل الدخول نصف المهر، والباقي بعد الثلثين أقل منه، فلا يبقى لها شيء

ووجه هذا الاحتمال: أنه ينهزم الرضاع يتحقق لمقتضي، للفرقة والمسقط لبعض المهر دفعة واحدة، فيوفر على كل مقتضاه، وفي هذا احتمال قوة.

الاحتمال الثاني: اعتبار المسقط من الواجب بعد الفرقة، وذلك هو النصف، بناء على أن الفرقة قبل الدخول تشطر المهر، فيسقط بفعل الصغيرة ثلث الواجب

بعد الفرقة، وهو السدس، لأن فعلها تلت السبب، والواجب بعد الفرقة هو النصف،
وثلاثة سدس الأصل، ويبقى لها الثلثان، وهما تلت مجموع المسمى، فيغرمه الزوج لها
ويرجع به على الكبيرة.

وأما الكبيرة إذا لم يكن مدخولاً بها، فإنه يسقط بفعلها ثلثا لواجب بعد
الفرقة، وهما تلت الأصل، ويبقى لها سدس هو ثلث الواجب بعد الفرقة، فيغرمه
الزوج لها ويرجع به على الصغيرة
وبحيء هنا احتمال آخر وهو أن يسقط لمهر على فعل الكبيرة والصغيرة
بالسوية، لأن لكل فعل منها مدخولاً، وهو حرء علمه فلا ينظر إلى فلتة وكثرته، كما
لو صر به واحد صرية وأخر عشر ومات بالجميع، هذا حكم ما إذا وقع الرضاع
والكبيرة غير مدخول بها.

أما مع الدخول ففي الحكم إشكال، ينشأ:

من أن المهر قد استقر بالدخول، فلا يسقط منه شيء بالسبب الطارئ
الموجب للمفسح، ولا يصح فعل سبب المفسح شيئاً، لأن استدأمة النكاح ليس في
مقابلها مهر، ولهذا لو قتل الروحنة قاتل أو قتلت نفسها، أو اشتركا في سبب القتل لم
يستحق الزوج الرجوع بشيء من مهر بسبب القتل، فلا تضرر للكبيرة الصغيرة
شيئاً من مهر الكبيرة بالرضاع بعد الدخول.

ومن أن البضع منقوض كما قدمناه غير مرة، وتقرر المهر بالدخول لا يخرج
لبضع عن كونه منقوضاً، ومن أتلف متقوماً مقابل بالمال ضمنه، للاجماع على أن
الاتلاف يقتضي الصيان، وإلحاق الحكم هنا بحكم القتل فيس باطل، مع أنه منقوض
بالقتل فعل لدخول.

فعلی هذا إن كان قد ستم الكبيرة المهر رجع عليها بثلاثه وعلى لصغيرة بثلاث،
وإلا دفع الثلث ورجع به في مال الصغيرة

خاتمة: الأقرب قبول شهادة النساء منفردات، فلا بد من الأربع. ويكفي الشاهدان والشاهد والمرأتان. ولا يقبل في الاقرار به إلا شاهدان،

وهنا شيء، وهو أنه على هذا الاحتمال ينبغي أن يكون المصمون بالرضاع بعد الدخول مهر المثل، لأنه قيمة المثل بالنسبة إلى البضع، والتوقف في هذه الاحكام أسلم، وإن كان الاحتمال الاول من احتمالي التقييد والثاني من احتمالي لصان بعد الدخول لا يخلو من قوة.

قوله: (خاتمة: الأقرب قبول شهادة النساء منفردات، فلا بد من الأربع، ويكفي الشاهدان والشاهد والمرأتان، ولا يقبل في الاقرار به إلا شاهدان).

اختلف الأصحاب في أنه هل تقبل شهادة لسان في الرضاع مفردة على قولين

فذهب الشيخ في الخلاف^(١) وابن ادريس^(٢) إلى عدم قبولها وذهب المفيد^(٣) والسيد^(٤) وسنار^(٥) وابن حمزة^(٦) وجميع من الأصحاب إلى القبول، لأن ذلك من الأمور الخفية التي نعم بها البلوى ولا يطلع عليها غالباً إلا النساء، فوجب قبول شهادتهن فيه كسائر أمورهن الخفية على الرجال، ولمهوم رواية

(١) الخلاف ٨٥٣ مسألة ١٩ من كتاب الرضاع.

(٢) السرائر ٢٨٦.

(٣) المعتمد ١١٢.

(٤) الانتصار ٢٤٨.

(٥) لم رسم ٢٣٣.

(٦) وسيلة ٢٥٦.

ويفتقر إلى التفصيل، فلا تسمع الشهادة به مطلقة، وتسمع في الاقرار به.
ويتحمل الشاهد بأربع شرائط: أن يعرفها ذات لبن، وأن يشاهد
الصبي قد التقم الثدي، وأن يكون مكشوفاً لثلاً يلتقم غير الحلمة، وأن
يشاهد امتصاصه للثدي وتحريك شفثيه والتجرع وحركة الحلق، ثم يشهد
على القطع بأن بينها رضاعاً محرماً.

عبد الله بن بكير عن بعض أصحابنا، عن الصادق عليه السلام في امرأة أرضعت
غلاماً وحارية، قال: «يعلم ذلك غيرها؟» قلن: لا، قال: «لا تصدق إن لم يكن
غيرها»^(١)، فإن مفهوم الشرط أنها تصدق إذا كان معها غيرها، وهو اعم من الرجال
والنساء.

ويضعف بأن المفهوم لا عموم له، وسيأتي كمال البحث في المسألة إن شاء الله
تعالى في كتاب القضاء، والأصح القبول.

وعلى هذا فلا بد من أربع، فإن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد.
ولا تكفي شهادة المرصعة عندها، وتقبل شهادة رجلين إجماعاً ورجل وامرأتان،
وأما الاقرار بالرضاع فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين، لأن الاقرار بما يطلع عليه
الرجال غالباً، بخلاف نفس الارضاع.

قوله: (ويفتقر إلى التفصيل، فلا تسمع الشهادة به مطلقة، وتسمع في
الاقرار به، ويتحمل الشاهد بأربع شرائط، أن يعرفها ذات لبن، وأن يشاهد
الصبي قد التقم الثدي، وأن يكون مكشوفاً لثلاً يلتقم غير الحلمة، وأن
يشاهد امتصاصه للثدي وتحريك شفثيه والتجرع وحركة الحلق، ثم يشهد
على القطع أن بينها رضاعاً محرماً).

وإن شهد على فعل الارضاع فليذكر الوقت والعدد، والأقرب أنه ليس عليه ذكر وصول اللبن إلى الجوف.
ولا تكفي حكاية القرائن بأن يقول. رأيت قد التقم الثدي وحلقه يتحرك.

وإن شهد على فعل الارضاع فليذكر الوقت والعدد، والأقرب أنه ليس عليه ذكر وصول اللبن إلى الجوف، ولا يكفي ذكر حكاية القرائن، بأن يقول: رأيت قد التقم الثدي وحلقه يتحرك.
صرح المصنف وغيره من الأصحاب بأن الشهادة على الرضاع لا تسمع مطلقة، بأن يقول الشاهد. أن أشهد أن صبيها رضاعاً محرماً، أو حرمة الرضاع، أو احوته أو بئوته، لأن الرضاع الذي به يتعلق التحريم مختلف فيه، فبعضهم حرّم بالقليل وبعضهم بالاجحاز وهو ذلك، فلا بد من ذكر الكمية والكيفية التي هي مناط الاختلاف، ليعمل الحاكم باجتهاده.

ولا يكفي إطلاق الشهادة، لأن الشاهد ربما عوّل في شهادته على معتقده ولم يكن مرصياً عند الحاكم، فيشهد الشاهد بأن الصغير ارتضع من الفلاية من الثدي من لبس الولادة خمس عشرة رصة تأمات في الحولين من غير أن يفصل بينها برضاع امرأة أخرى.

وراد المصنف في التذكرة^(١) في الرضعات أن يقول. متفرقات، ولا حاجة إليه، لأن التعرض إلى الرضعات يغني عنه، إذ مع عدم التفرق يكون الحاصل رضة طويلة لا رضعات.

وبالجملة فلا بد من التعرض إلى جميع الشرائط.

وهل يشترط أن يتعرض إلى وصول اللبن إلى الجوف؟ فيه وجهان، أقربها عند

المصنف العدم، لأن المقتضي لوجوب التفصيل في لشهادة بالرضاع هو وقوع الخلاف في كميته وشرائطه، فاعتبر ذكر ما يدفع احتمال استناد الشاهد بالرضاع المحرم إلى اعتقاده الذي لا يكون مقبولاً عند المحاكم، ووصول اللين إلى الجوف ليس من هذا القبيل، فيكفي فيه إطلاق الشهادة، وأيضاً فإنه ليس بمحسوس، فلا يعتبر تصريح الشاهد به.

ويحتمل أن عيبه ذكره، لتقبل شهادته كما في ذكر الإيلاج في شهادة الزنا، ولأن متعلق الحرمة هو ذلك

والأول أصح، لأن الشهادة بالرضاع يقتضيه، فيكفي عن ذكره.

ولا يكفي ذكر حكاية القرائن، بأن يقول: رأته قد التعم الثدي وحلقه يتحرك، لأن حكاية ذلك لا تعد شهادة، ولأن الشاهد قد يستفيد العلم بوصول اللين إلى الجوف بمعاينة هذه الأمور، والحكاية لا تثمره عند المحاكم.

وتحرير المبحث يتم بأمور:

أ: يصير الشاهد للرضاع شاهداً به بشروط أربعة

أن يعرف المرأة ذات لبن، فلو لم يعلم ذلك لم يصير شاهداً، لأن الأصل عدم اللين.

وأن يشاهد لصبي قد التقم الثدي، فلا يكفي سماع صوت الامتصاص، لأنها قد توجره لبن غيرها، وربما امتص أصبعه أو أصبعها.

وأن يكون الثدي مكشوقاً ليعلم أنه قد التقم الحلمة، وبغني عن هذا والذي قبله مشاهدته قد التقم الحلمة.

وأن يشاهد امتصاصه للثدي، وتحريك شفثيه، والتجرج، وحركة الحلق، لأنه ربما التقم الحلمة ولم يرتضع.

ب: قد يستفاد من قوله: (ثم يشهد على القطع بأن بينها رضاعاً محرماً، وإن

شهد على فعل الرضاع فليذكر الوقت والعدد) أنَّ الشهادة بالرضاع تسمع مطلقاً، فيكون متافياً لما ذكره في أول الكلام، وذلك لأنه جعل لأداء الشهادة صورتين: الشهادة بأنَّ بينهما رضاعاً محرماً، وأنَّ يشهد على فعل الارضاع، فلا بد من التعرض إلى ذكر العدد والوقت المعتبرين في التحريم، لأنَّ مطلق الارضاع أعم من الرضاع المحرم، بخلاف ما إذا شهد بالرضاع المحرم

ويمكن أن يجاب بأنه لما حكى الأمور المعتبرة في صيرورة الشخص متحماً للشهادة بالرضاع المحرم، حشي أن يتوهم متوهم أنَّ حكاية الأمور التي هي طريق التحمل للشهادة بالارضاع كاف في الشهادة، فدفعه بأنه لا بد من الشهادة بالارضاع المحرم على القطع واليقين بصورة يجرم من غير تردد، كما هو وظيفة الشهادة والحق أن قوله (وإنَّ شهد على فعل الارضاع ..) مشعر بأنَّ الشهادة عليه معصية غير لازمة، فيستفاد منه أن أحد الأمرين كاف، وذلك ينافي عدم سماع الشهادة مطلقاً.

فلو قال: بأنَّ يشهد على فعل الارضاع .. لا مدفع هذا المحذور، على أن ظاهر العبارة أنه إذا شهد على الفعل كفاء التعرض إلى الوقت والعدد، ولا ريب إنه لا يكفي.

ج: لو كان الشاهد بالرضاع فقيهاً مؤتمناً وعلم الحاكم موافقته إياه في أحكام الرضاع كلها، ففضية التعليل السابق الاكتفاء بالشهادة مطلقاً، لاندفاع المحدور حيثئذ، كما لو كان الشاهد بحاسة الماء فقيهاً موثقاً في أسباب التجبس، فإنَّ الشهادة تسمع من دون اشتراط التفصيل، وهذا أقوى، لكن لا تجب به قائل من الأصحاب، فاعتبار التفصيل أولى.

د: هل يشترط أن يشهد الشاهد بأنَّ لرضيع بقي اللبن في جوفه، لأنه لو قام لم يثمر الرضاع التحريم؟ مقتضى التعليل السابق اعتباره، لأنَّ هذا من الأمور

وتقبل شهادة أمها وجدتها، وأم الزوج وجدته، سواء ادعى الزوج أو الزوجة.
ولو شهدت أم الزوجة وبنتها أو أم الزوج وبنته سمعت ما لم
يتضمن شهادة على الوالد.

المختلف فيها، ولم أجد به تصريحاً، إلا أنه ينبغي اعتباره.

هذه تسمع الشهادة بالاقرار مطلقة ولا تقتصر إلى التفصيل، فلو شهد أنه أقر
بأن فلانة أخته من الرضاع مثلاً سمعت، ولم يحتج إلى تفصيل الشرائط في الاقرار.
وجملة القول في ذلك: أن الاقرار بالرضاع المحرم مسموع، بخلاف الشهادة
به، ومترق بينهما: بأن المقر محتاط لنفسه فلا يطلق القول بالتحريم إلا بعد تحققه، وهذا
العرف لا يشفي، لأنه ربما يسي على رأيه في التحريم أو رأي لا يعول عليه عند المحاكم
ويمكن العرق: بأن حكم المحاكم على رجل وامرأة بأن بينهما علاقة الرضاع
المحرمه، وهذا أمر خطير، فلا بد من الاحتياط فيه باستفصال ما يدفع الاحمال،
بخلاف إقرار المرء على نفسه، فإن عموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على
أنفسهم حائر»^(١) فيجب مواضعته بظاهر اقراره حتى لو فسرها لا يثمر التحريم عند
المحاكم يقبل منه وهذا الفرق وجيه

قوله: (وتقبل شهادة أمها وجدتها وأم الزوج وجدته، سواء ادعى
الزوج أو الزوجة، ولو شهدت أم الزوجة وبنتها وأم الزوج وبنته سمعت،
مالم يتضمن شهادة على الوالد).

لو شهدت أم المرأة أو بنتها أو جدتها أو أم الزوج أو بنته أو جدته مع تنمة
النصاب بالرضاع بينها وبين الزوج قبل عند مع الشرائط، لانتفاء المانع، سواء كان
المدعي للرضاع الزوج أو الزوجة، إلا أن يتضمن شهادة البنت الشهادة على الوالد،
بأن يكون المدعي للرضاع الزوجة، فتشهد بنت الزوج به، فإنها شهادة على الوالد.

ولو شهدت المرضعة أن بينها رضاعاً قبلت، ولا تقبل لو شهدت مع ثلاث أنها ولدته، لترتب النفقة والميراث هنا، ولو شهدت بأني أرضعته فالأقرب القبول ما لم تدع أجرة.

وقالت العامة: إن كانت المرأة مدعية والرجل مسكر لم تقبل شهادة أم المرأة وبناتها، لأنها شهادة للبنت أو الأم، وتقبل لو كن المدعي لزوج، لأنها شهادة على الأم أو البنت^(١).

وهذا عندنا ساقط، لأن البعوضة غير مائعة على قبول الشهادة، وحكى المصنف في التذكرة عن الشافعية أنه لا يتصور شهادة البنت على أمها بأنها أرضعت من أم الزوج، لأن الشهادة على الرضاع يشترط فيها المشاهدة، ولم يتعرض إلى ذلك بقبول ولا رد^(٢).

وقد يقال: إن تحمل الشهادة قد يحصل بقبول الثقات على وجه يثمر اليقين، ولو شهدت الأم أو البنت من غير تقديم دعوى على طريق الحسبة قبلت، كما إذا شهد أب الزوجة وبنها أو ابناها على أن زوجها قد طلقها ابتداءً، فإنه يقبل، ولو ادعت الطلاق فشهدا لم يقبل.

قوله: (ولو شهدت المرضعة أن بينها رضاعاً قبلت، ولا يقبل لو شهدت مع ثلاث أنها ولدته، لترتب النفقة والميراث هنا، ولو شهدت بأني أرضعته فالأقرب القبول ما لم تدع أجرة).

قد سبق أن المرضعة إذا شهدت على لرضاع وحدها لم يقبل عندنا، فأما إذا شهدت مع ثلاث نسوة - بناء على قبول شهادة النساء منفردات في الرضاع - فلا يخلو إما أن تشهد بالرضاع في الجملة من غير أن تسد هذه إلى نفسها، أو تشهد بأنها

(١) أبو حيز ٢٠٩، مغني المحتاج ٤٢٤٣ و ٤٢٥، السراج الوهاج ٤٦٤.

(٢) التذكرة ٦٢٨:٢، وانظر أيضاً المصدر السابق.

ارضعته، فاما أن تدعي مع ذلك أحره، أم لا، فهذه صور ثلاث:

فإن شهدت وادعت الأحره لم تقبل شهادتها، للتهمة، لأنها تشهد لنفسها، وفي وجه للشافعية أنها لا تقبل في الأحره وتقبل في ثبوت الحرمة^(١).

وإن شهدت بالرضاع ولم تسده إلى نفسها، كما لو شهدت بأخوة الرضاع بينها مثلاً مع التفصيل المعتبر أو بأنها ارتضعا منها، فإنه لا يتضمن فعلاً منها، إذ ربما كانت نائمة، قبلت لانساء المانع، ولا نظر إلى ما يتعلق به من ثبوت المحرمية وجواز الخلوة والمسافرة، فإن الشهادة لا ترد بمثل ذلك. فإن شهادة الشاهدين بأن فلاناً طلق زوجته أو اعتق أمته تقبل وإن كان يستندان حل المأكحة.

وفي وجه للشافعية أن المبرور لو شهد بما الحكم ولم يستده إلى نفسه، بأن قال: حكم حاكم به، لم يقبل، وذكرنا محي. مثله في الرضاع^(٢).

ولو استندت الرضاع إلى نفسها، فشهدت بأنها ارضعتها بالشرائط، فأقرب الوحدين عند المصنف القبول: لأنها لا تخرب هذه الشهادة بقاء ولا تدفع ضرراً وعلمها أقوى من علم غيرها، ورواية ابن بكير^(٣) السالفة تشعر بذلك.

ويحتمل العدم: لأن شهادة اللسان على فعل نفسه لا يقبل، كما لو شهد الحاكم على حكم نفسه بعد العزل لا يقبل.

وكذا القسم لو شهد على القسمة، والأصح الأول، وهذا بخلاف ما لو شهدت بأنها ولداها، أو بأنها ولدتها فإنه لا يقبل هنا جرماً.

والفرق أن الولادة يتعلق بها حق النفقة والميراث وغير ذلك من الحقوق المقصودة، وقرق بين الحاكم والقضاء وبين المرصعة بأن فعلها مقصود يتعلق به الحكم

(١) الوجيز ١٠٩٠٢، مغني المحتاج ٤٢٤:٣، السراج الوهاج ٤٦٤

(٢) المصادر السابقة

(٣) التهذيب ٣٢٢٧ حديث ١٣٤٠

ولو ادعى بعد العقد أنها أخته من الرضاع أو أمه وأمكن، فإن صدقته قبل الدخول بطل العقد ولا مهر ولا متعة، وإن كان بعد الدخول فلها المسمى مع الجهل، ولا شيء مع العلم بالتحريم، ويحتمل مع الجهل مهر المثل.

المتنازع فيه، وفعل المرصعة غير مقصود بالاثبات، فإن التحريم لا يتعلق بعملها بل بوصول اللبن إلى الخوف.

قلو اتفق ذلك وهي بائمة ومكرهة أتمر التحريم وبأن الحاكم والقاسم منهن؛ لأنها يثبتان لأنفسهما لعادلة ووجوب اتباع حكمها بخلاف المتنازع قوله: (ولو ادعى بعد العقد أنها أخته من الرضاع أو أمه وأمكن، فإن صدقته قبل الدخول بطل العقد ولا مهر ولا متعة، وإن كان بعد الدخول فلها المسمى مع الجهل، ولا شيء مع العلم بالتحريم، ويحتمل مع الجهل مهر المثل).

أي. لو ادعى لزوح بعد العقد على الزوجة بأنها أخته من الرضاع أو أمه، وأمكن ذلك بأن لم يكذبه الحس، فإما أن تصدقه الزوجة أو تكذبه، فإن صدقته فإما أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده،

فإن كان قبله فالعقد باطل ولا مهر ولا متعة لها؛ لا شعاع المكاح وإن كان بعد الدخول فلها المسمى في قول الشيخ ^(١)، إن كانت جاهدة بالتحريم، وإن كانت عاملة فلا شيء لها إذ لا مهر لبعي.

ووجه قول الشيخ أن العقد هو سبب ثبوت المهر، لأنه مناط الشبهة، فكان كالصحيح المقضي لتضمن البضع بها وقع الراضي عليه في العقد، وبسبب عليه قوله تعالى: ﴿إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مِهَاجِرَاتٍ - إِلَى قَوْلِهِ - وَأَتَوْهُنَّ مَا انْفَقُوا﴾ ^(٢).

(١) الميوط ٣٦٤٥

(٢) المتعة ١٠

وإن كذبت قبل الدخول ولا بينة، حكم عليه بالحرمة ونصف
الصداق، ويحتمل الجميع وبعده الجميع.

ويحتمل وجوب مهر المثل مع الجهل، لأن لعقد باطل فلا يلزم من جهته مهر؛
لبطلان ما تضمنه، وقد تقرر في الأصول الباطل لا يترتب عليه أثره، وإنما الموجب
له وطء الشبهة، ولا تعلق له بالمسمى، لأن الواجب في الائتلاف إنه هو قيمة المثل،
وقيمة منافع البضع هو مهر المثل موجب صيانته، وهذا هو الأصح والآية إنما هي في
النكاح الصحيح دون غيره.

وهنا صابط وهو أن كل موضع حكم فيه بفساد لعقد يجب بالوطء فيه مهر المثل
إن كانت المرأة جاهدة، وكل عقد صحيح يعقبه فسخ بعد الدخول يجب فيه المسمى.
قوله: (وإن كذبت قبل الدخول ولا بينة حكم عليه بالحرمة ونصف
الصداق، ويحتمل الجميع).

قد سبق حكم ما إذا صدقته بروحة على أن يبيها رصاعاً محرماً، فأما إذا
كذبت: فإن كان قبل الدخول ولا بينة حكم عليه بالحرمة، لعموم «امرر العقلاء على
انفسهم جائره»، ولأنه يملك العرقه، فإذا عترف بها تضمنتها قبل، ولا يقبل قوله بالنسبة
إلى المرأة في فساد أصل النكاح، فعلى هذا أنه أحلها إن ادعى عليها لعدم، ويجب
نصف الصداق، لأنها فرقة قبل الدخول من طرى لزوج فاشبهت الطلاق.

ويحتمل الجميع، لو حو به بالعقد، ونشطره بطلاق لا يقتضي لحاق غيره به،
فإن القياس عندنا باطل، وهذا أصح، ولأول أشهر
وبعد الدخول يجب الجميع قطعاً وبحكم بفرقة، لما قلناه، وهذا كنهه إذا لم يكن
بينه، أما معها فإن الحكم كما لو صدقته.

وكذا الحكم لو ردت عليه اليمين فحلف، أما لو حلفت هي أو كل هو بعد
الرد فإن الحكم كما سبق.

ولو ادعت هي سُمعت وإن كانت هي التي رضيت بالعقد؛ لجواز جهلها به حالة العقد وتجدد العلم بخبر الثقات، فإن صدقها الزوج وقعت الفرقة وثبت المهر مع الدخول وجهلها، وإلا فلا.
ولو كذبها لم تقع الفرقة، وليس لها المطالبة بالمسمى قبل الدخول وبعده، ويحتمل مطالبتها مع الدخول بمهر المثل.

قوله. (ولو ادعت هي سمعت. وإن كانت هي التي رضيت بالعقد؛ لجواز جهلها به حالة العقد وتجدد العلم بخبر الثقات، فإن صدقها الزوج وقعت الفرقة وثبت المهر مع الدخول وجهلها، وإلا فلا. ولو كذبها لم تقع الفرقة، وليس لها المطالبة بالمسمى قبل الدخول وبعده، ويحتمل مطالبتها بمهر المثل بعد الدخول).

لو كان المدعي للرضاع هي الروجة سمعت دعواها وإن كانت هي التي رضيت بالعقد؛ لجواز جهلها به حالة العقد وتجدد العلم بخبر الثقات، فلا يكون فعلها مكذباً لدعواها، وقضية هذا التعليل أنها لو أحررت بأنها كانت عالة بالتحريم حين العقد لا تسمع الدعوى لمباقاتها لفعلها، وبجيء منه في طرف الزوج.

إذا تقرر ذلك فاعلم أنه إن صدقها الزوج على دعواها وقعت الفرقة، وثبت مهر المثل بالدخول مع جهلها على لاحتمال السابق، وإن لم يدخل أو كانت عالة فلا شيء؛ لما مر. وإن كذبها فالكاح باق ولا يقبل قولها في الفسخ؛ لأنه حق عليها، وليس لها المطالبة قبل الدخول بالمسمى؛ لأن العقد فاسد برعمها، والفاسد لا يستحق به مهراً، وكذا بعد الدخول لبطلان المسمى.

وهل تطالب بمهر المثل؟ ظاهر العبارة يشعر بأنه ليس لها ذلك، فإن قوله: (ويحتمل مطالبتها بمهر المثل) تشعر بذلك، وقد حكى الشارح الفاصل "قولاً

للشيخ^(١)، ووجه الاحتمال أن الوطء المحترم إذا لم يكن بمقد صحيح أو ملك يجب له مهر المثل كما نبهنا عليه.

فإذا جهلت التحريم استحققت بالوطء ذلك، أما إذا عملت فلا شيء لها، إذ لا مهر لبعي واختار المصنف في التذكرة أن لها أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل^(٢)، لأنه إن كان المسمى أقل فلا يقبل قوله في وجوب زائد عليه بل القول قوله بيمينه. وإن كان الأقل مهر مثل لم يستحق أكثر منه؛ لاعرافها بأن استحقاقها للمهر بوطء الشبهة لا بالعقد، وهذا هو لأصح.

ولعل مراد لشارح الفايصل^(٣) من قول الشيخ^(٤) هو ما مر في المسألة السابقة من قوله. (فإن كان بعد الدخول فيها المسمى) فإنه يوجب المسمى وإن كان العقد فاسداً، إلا أن عبارة المصنف هنا لا تعرض فيها لقول الشيخ أصلاً، بل أطلق الحكم بأنها لا تستحق المسمى، فيبقى الاحتمال بغير مقابل، وكأنه أراد به مقابل الاحتمال بوجوب أقل الأمرين.

قوله: (ولو كذبها لم تقع الفرقة).

هنا صور:

الأولى: أن يكذبها ولا يدعي عليه العلم.

الثانية: يدعيه ويحلف على نفيه.

الثالثة: بكل فيرد اليمين عليها فتحلف.

الرابعة: بكل

(١) المبسوط ٣١٤.٥

(٢) التذكرة ٦٢٩.٢

(٣) إيضاح العوائد ٦١٣

(٤) المبسوط ٣١٤.٥

ولها احلافه على نفي العلم، فإن نكل حلفت على البت، فيحكم بالفرقة والمهر مع الدخول لاقبله.
ولو نكلت أو كان قد حلف الزوج أولاً، فإن كان قد دفع الصداق لم يكن له مطالبتها به، وإلا لم يكن لها لمطالبة فكان العقد ثابتاً.

والحكم بعدم وقوع الفرقة يستقيم فيها عدا اثباته، وبطالب بالمسمى إذا كان بقدر مهر المثل أو دونه فيها عداها أيضاً. أما في الثالثة فيطالب بمهر المثل بالعمامة بلع.
ومن هذا يعلم أن اطلاق قوله: (لم تقع الفرقة)، وقوله (فليس لها المطالبة بالمسمى قبل الدخول وبعده) ليس بجيد وقوله (وتحتمل المطالبة بمهر المثل) إما يستقيم في موضع يحتمل احتمال المطالبة بأقل الأمرين ~~بالمسمى~~ والمسمى ومهر المثل وقوله: حرراً (ولو مكنت، أو كان قد حلف الزوج أولاً، فإن كان قد دفع الصداق لم يكن له مطالبتها، وإلا لم يكن لها المطالبة) معترض، فإنه ينبغي أنه في جميع الصور متى دفع الصداق لیس له المطالبة، ومعنى لم يدفعه فلها المطالبة بمهر المثل إذا حلفت اليمين المردودة، وفيما عداها إن طابق لمسمى مهر المثل طالبت به، وإلا طالبت بأقل الأمرين، فكيف يستقيم نفي المطالبة مطلقاً.

اعلم أن المصنف لو أحرر أحكام المهر بقوله (ولو كتمها لم تقع الفرقة - إلى قوله - بعد الدخول) عن قوله: (وكان العقد ثابتاً) وما بعده، كان أولى؛ لأنها أحكام ما إذا حلف الزوج أورد فنكلت، لا ما إذا حلفت.

قوله: (ولها احلافه على نفي العلم، فإن نكل حلفت على البت، فيحكم بالفرقة والمهر مع الدخول لا قبله، ولو نكلت أو كان قد حلف الزوج أولاً، فإن كان قد دفع الصداق لم يكن له مطالبتها به، وإلا لم يكن لها المطالبة، وكان العقد ثابتاً).

أي: للروحة في لصورة المذكورة خلاف لزوج على نفي العلم بالرضاع

والأقرب أنه ليس لها مطالبة بحقوق الزوجية على أشكال.

المحرم بينها؛ لما سيأتي إن شاء الله تعالى في أحكام القضاء أن المحالف على نفي فعل الغير يحلف على نفي العلم.

والمحالف على إثبات فعل الغير أو إثبات فعل نفسه، أو نفي فعل إنها يحلف على القطع والبت، فإن حلف اندفعت دعواها ظاهراً وبقي النكاح، لكن فيما بينها وبين الله تعالى إن كانت صادقة فيما أقربت به لا يحل لها مساكنته ولا تمكينه من وطئها، وعليها أن تفر منه وتنفذ نفسها بها أمكنها؛ لأن وطأها زنا ونظره وخلوته محرمان، فعليها التخلص بكل طريق ممكن، كالتقعرق أنها مطلقة وجحد روحها ذلك وإن نكل ردت اليمين عليها فتحلف على البت لما ذكرناه، فإذا حلفت حكم بالفرقة ووجب بالدخول مهر المثل إذا لم تكن عالمة بالحریم حين الوطء؛ لثبوت دعواها بحلفها، وقبله لا تستحق شيئاً.

فإن كان الزوج قد حلف أو نكل فردت اليمين عليها فنكلت هي أيضاً، وكان قد دفع المسمى لم يكن له مطالبتها به؛ لأنها تستحقه بزعمه، فكيف يطالب به، وإن لم يكن دفعه لم يكن لها المطالبة به؛ لأنها بزعمها لا تستحقه بل مهر المثل فلا يجوز مطالبتها، ومع ذلك فالنكاح ثابت ظاهراً.

ولا يخفى أنه لو كان المدعي هو كان له احلافها على نفي العلم إن ادعى عليها العلم، وحينئذ فإن حلفت طالبت بالمسمى، وإن نكلت فحلف هو انفسخ النكاح، ولم يكن لها المطالبة بشيء قبل الدخول، وبعده يطالب بمهر المثل ولو نكل فكما لو حلفت هي.

قوله: (والأقرب أنه ليس لها مطالبة بحقوق الزوجية على أشكال في النفقة).

يريد أنه إذا حلف الزوج فيه دا كانت هي المدعية، أو نكل فردت اليمين عليها فنكلت أيضاً، كان النكاح باقياً، وعلى هذا فالأقرب عنده أنه ليس لها مطالبة

بحقوق الزوجية، لأن حقوق الزوجية تابعة للزوجية، وهي مستفية باقرارها، فلا يمكن من المطالبة بها لا تستحقه.

ويحتمل ضعيفاً أن لها ذلك؛ لأن الزوجية ثابتة في نظر الشرع فاستحققت شرعاً توابعها.

ويضعف بأن ثبوت الزوجية ظاهراً لا يقتضي ثبوت توابعها مع اعتراف الروجة بعدم الاستحقاق، فإن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، لكن في النفقة اشكال يشأ من انتفاء معتضبيها بزعمها، ومن أنها معطية لأحد مجموعة من التزويج بسببه، فلو لم يجب عليه بمقتضاها لزم الإصرار بحالها مع أنه معترف بوجوبها عليه.

والفرق بين النفقة وغيره من الحقوق أن النفقة لو بدلها لم يحرم عليها أخذها، وأما النظر والقسم والاستمتاع فلو رآه من وجب عليها الامتناع بمقتضى دعواها. واعلم أن الشارح الفاضل ولد لمصنف حصص حقوق الزوجية التي قرب لمصنف المطالبة بها بما عدا الوطء ومشاهده ما يحرم على غير الروح، قال فإنه ليس لها ذلك قطعاً، بل بها لا يستلزم ذلك، كما هو أوصى مورثه بزواجاته أو نذر، وكالكفن، وغير ذلك^(١)

وما ذكره قريب، لأنه يبعد احتساب لمصنف جوار مطالبة الزوجة في المحل المفروض للزوج بالوطء ونحوه من الاستمتاع، حتى القسم والخلوة، فإن ذلك حرم عليها بزعمها فكيف تطالب به.

ويمكن أن يقال إنما يحرم عليها ذلك فيما بينها وبين الله تعالى إن كانت صادقة، وأما ظاهراً، فلا؛ لأن النكاح ثابت ظاهراً

ولو رجعت عن دعواها وصدقت الروح في عدم التحريم قبل ذلك منها، ولم تنع من المطالبة بالحقوق حينئذ، فلا أقل من أن يجعل لها مطالبتها بما يمسره الرجوع.

ولو رجع بعد اقراره بالرضاع عنه بعد الفرقة لم يقبل رجوعه فيه وإن ادعى الغلط.

ولو اعترف قبل العقد بالرضاع لم يحز له العقد عليها، وكذا المرأة، سواء صدقه الآخر أو لا. ولو رجع لمعترف منها لم يقبل رجوعه فيه.

وللنظر في ذلك كله محال

وعلى ما ذكره المصنف من أنه إن كان دفع إليها الصداق لم يكن له مطالبتها به، وإلا لم يكن لها المطالبة، وما شأني من أنه لو رجع المعترف منها لم يقبل رجوعه، يسمى الجرم والقطع بأنه ليس هذا المقطع به يسمى ذلك إلا النفعة، فإن فيها احتيالا صعبا، وهذا هو المختار

قوله: (ولو رجع بعد اقراره بالرضاع عنه بعد الفرقة، لم يقبل رجوعه وإن ادعى الغلط، ولو اعترف قبل العقد بالرضاع لم يحز له العقد عليها، وكذا المرأة، سواء صدقه الآخر أو لا، ولو رجع المعترف منها لم يقبل رجوعه).

أي: لو رجع المقر بعد قراره بالرضاع لمحرم عن الاقرار بعد الحكم بالفرقة بين الزوجين لم يقبل رجوعه، لأن امررا اعتلاء على أنفسهم حاتر، فلا يقبل الإنكار بعده.

ويلاحظ من التقيد بقوله، (بعد الفرقة)، أن الرجوع لو كان حيث لم يحكم بالفرقة بينهما يقبل، ويمكن نوحيه بثبوت لنكاح وبقائه شرعا، فرجوعه بمنزلة الرجوع عن إنكار لنكاح الذي تضمنه الاقرار واطلق في الشذكرة عدم قبول الرجوع عن الاقرار، فيتناول ما اذا حكم بالفرقة وعدمه

ولو أقر برضاع ممتنع لم يلحق به حكم قبل العقد وبعده.

وحكى عن أبي حنيفة قبول الرجوع من المقر عن إقراره من غير فرق بين الرجل والمرأة^(١)؛ ولو سبق الإقرار بالعقد لم يجز العقد قطعاً، سواء الرجل والمرأة، وسواء صدقه الآخر أم لا. ولو رجع المعلن عنها بدعوى ذلك عليه من لزوم الآخر، أو من المحاكم الآخر لم يقبل رجوعه قطعاً؛ لأنه رجوع عن الإقرار بالدعوى فلا يقبل.

قوله: (ولو أقر برضاع ممتنع لم يلحق به حكم قبل العقد وبعده).
هذا مقابل قوله في أول الكلام: (أو ممكن)؛ وذلك لأنه إقرار باطل؛ لأن ممتنع الوقوع معلوم الانتفاء، فلا يلزم مقتضاه، سواء كان قبل العقد أو بعده. وذهب أبو حنيفة إلى القبول عملاً بمقتضى لاقرارهما إذا كان ممكناً^(٢)، والفرق ظاهر.



(١) بدعوى صاحب ١٤٤

(٢) بدعوى صاحب ١٥٤

الفصل الثاني: في المصاهرة: كل من وطأ بالعقد الصحيح الدائم أو المنقطع أو الملك حرمت عليه أم لموطوءة وإن علت وبناتها وإن سفلت، سواء تقدمت ولا دتهن أو تأخرت وإن لم يكن في حجره تحريراً مؤبداً، واخت الزوجة جمعاً، وكذا بنت اختها وبنت أخيها إلا أن ترضى الزوجة، وله ادخال العمة والخالة عليها وإن كرهت المدخول عليها.

قوله. (الفصل الذي في المصاهرة) كل من وطأ بالعقد الصحيح الدائم، أو المنقطع، أو الملك، حرم عليه أم لموطوءة وإن علت وبناتها وإن برئ، سواء تقدمت ولا دتهن أو تأخرت وإن لم يكن في حجره تحريراً مؤبداً، وحب الزوجة جمعاً وكذا بنت اختها وبنت أخيها إلا أن ترضى الزوجة، وله ادخال العمة والخالة عليها وإن كرهت المدخول عليها).

عرّف بعضهم المصاهرة بأنها جهة توجب الحرمة بين أقرباء لزوجين بعد أو وطأ صحيح، أو سهو، أو رب، مؤبدٌ عليه أولاً ويلزم عليه أن يكون لفظ المصاهرة معولاً عن معناه بلعوى، ولم يشتر، ولأصل عدمه

والأولى أن يقال أنها علاقه مخصوصه حدثت بين الزوجين وبين أقرباتهما بسبب لنكاح توجب الحرمة وحق بالنكاح لوطء والنظر واللمس في مواضع مخصوصة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن لسبب المحرم في هذا الباب إما لعقد، أو الوطء، أو النظر، أو اللمس وقدّم الوطء لأن التحريم به أشمل، ونحن نقدمه

فنقول كل من وطأ امرأة بالعقد الصحيح الدائم أو المنقطع أو الملك، حرم عليه أم الموطوءة وإن علت وبنتها وإن برئ، سواء تقدمت ولا دتهن على الوطء أو تأخرت عنه، وسواء كن في حجره أم لا، تحريراً مؤبداً متعلقاً بعينيهن

والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿وَأَمْهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرِبَائِيكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾^(١) والأمهات بصيغة الجمع يتناول الأم حقيقة ومحازاً.

وروى غياث بن ابراهيم عن الصادق عن أبيه الباقر عليها السلام ان علياً عليه السلام قال: «إذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأم، فإذا لم يدخل بالأم فلا بأس أن يتزوج بالابنة، فإذا تزوج الابنة فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الأم»^(٢)، وإجماع المسلمين على تحريم المذكرات وكذا تحريم أخت الموطوءة بالعقد جماعاً وأما أخت الموطوءة بالملك فبها يحرم وطؤها، ولهذا عرّف المصنف الأسلوب فقال: (وَأَخْتُ الْمَرْجُوعَةِ جَمْعاً) ولم يقل وأخت الموطوءة، أي: تحرم جماعاً في النكاح بيها وهي أختها لا عساً، ولا يحرم الجمع بيها في الملك.

وكذا القول في العمة وبن أختها، والخالة وبن أختها، فإنه لا يحرم ادخال الصغيرتين في الملك ويحرم في النكاح، إلا أن نرعى الكبيرتان. ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ﴾^(٣).

والأخبار في ذلك متواترة، مثل صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام فيمن تزوج امرأة بالعراق وأخرى بالشام فإذا هي أخت العراقية، قال: «يفرق بينه وبين التي تزوجها بالشام، ولا يفرب المرأة حتى تنقضي عدة الشامية»^(٤).

(١) النساء ٢٣

(٢) التهذيب ٧: ٢٧٣ حديث ١١٦٦، الاستبصار ٤: ١٥٧ حديث ٥٧٠

(٣) النساء ٢٣

(٤) الكافي ٥: ٤٣١ حديث ٤، العقد ٣: ٢٦٤ حديث ١٢٥٨، التهذيب ٧: ٢٨٥ حديث ١٢٠٤،

لاستبصار ٣: ١٦٩ حديث ٦١٧.

وهل يلحق الوطء بالشبهة والزنا بالصحيح؟ خلاف.
ولا يحرم الزنا المتأخر عن لعقد وإن قلنا بالتحريم به مع السبق.

وروى محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال «لا تزوج ابنت الأخت على خالتها إلا بأدنها، وتزوج الخالة على بنت الأخت بغير أذنهما»^(١).
وعن علي بن جعفر عن أخيه الحكم عليه السلام قال: سألته عن امرأة تزوج على عمتها أو خالتها قال: «لا بأس» وقال: «تزوج العمة أو الخالة على ابنة الأخ أو الأخت ولا تزوج بنت الأخ والأخت على ابنة الخالة إلا برضى منهما، فإن فعل فسكاحه باطل»^(٢)، وأكثر أهل الإسلام طبقوا على التحريم في ذلك.
وذهب ابن أبي عمير وابن الحسد إلى عدم التحريم^(٣)، وهو قول ضعيف مزرك، كما صنف قول الصدوق في المقتنع بالتحريم مطلقاً^(٤).
والقاتلون بالتحريم من أصحابنا اجمروا على جوار الجمع بين العمة والخالة، وبين بنت الأخ وبنت الأخت برضى الكبيرتين، سبق نكاحهما أو تأخر، وخالف في ذلك العامة كافة^(٥).

قوله: (وهل يلحق الوطء بالشبهة والزنا بالصحيح؟ خلاف، ولا يحرم الزنا المتأخر عن العقد وإن قلنا بالتحريم مع السبق).

قد عرفت أن الوطء بالعقد والملك الصحيحين يثمر تحريم الأم والبنت بغير خلاف بين المسلمين، وهذا هو الوطء الصحيح فأما الوطء بالرنا والشبهة ففي

(١) التهذيب ٧ ٣٢٢ حديث ١٣٦٥، الاستبصار ٣ ١٧٧ حديث ٦٤٢

(٢) التهذيب ٧ ٣٢٢ حديث ١٣٦٨، الاستبصار ٣ ١٧٧:٢ حديث ٦٤٥

(٣) نقله عنها لعلامة في المختلف: ٥٢٧

(٤) المقتنع: ٩٦

(٥) انظر المجموع ١٦ ٢٢٣، المصنف ٤٨٩:٧، الشرح الكبير ٧ ٤٨٥

.....

الحاقها بالوطء الصحيح في افادة تحريم المصاهرة خلاف
وأما الوطء بالشبهة: فالمراد به الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد لا يعلم
بفسادهما، وإذا ظن أن المرأة زوجته أو أمته فوطأها، وكذا وطء الأمة المشتركة بينهما
وبين غيره، وأمثال ذلك

قال المصنف في التذكرة وهذا يتعلق به التحريم اجماعاً؛ لتعلقه بالوطء المباح.
ثم حكى عن ابن السرّانه قال: أجمع كل من تعبط عنه العلم من علماء الأمصار
على أن الرجل إذا وطأ امرأة بنكاح فاسد أو شراء فاسد أنها تحرم على أبيه وأمه
وأجداده وولد ولده، وهذا مذهب مالك والأوراعي والثوري والشافعي وأحمد وإسحاق
وأبي ثور وأصحاب الرأي وأصحاب المصنف وهم الإمامية^(١).

هذا كلامه، وظاهره عدم الخلاف في ذلك، إلا أن ابن ادرّس مع التحريم
فيه^(٢)، وقد حكاه المصنف عنه في المختلف^(٣)، وكذا غيره^(٤)، والأصح التحريم.

لنا: الإجماع المفقول في كلام المصنف وغيره، ولا يضر بخالفة معروف الاسم
والنسب، وأن الزنا يحرم كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

فالوطء بالشبهة أولى؛ لأنه وطء محترم شرعاً، فيكون لحاقه بالوطء الصحيح
في ثبوت حرمة المصاهرة أولى من الزنا، ولأن معظم أحكام الوطء الصحيح لاحقة به،
فإن أعظم أحكام النسب وهو في الشبهة كالصحيح

وكذا وجود المهر، وتختلف المحرمية لا يضر، فإنها متعلقة بكمال حرمة الوطء؛
لأنها أياحة لحل النظر، ولأن الموطوءة لم يستبح النظر إليها، فلا يجوز لأجل ذلك أن

(١)، التذكرة ٢/٦٣٦، لمعي ٧/٤٨٣، لشرح الكبير ٧/٤٧٨.

(٢)، اسرائر ٢٨٩.

(٣)، المختلف ٥٣٣.

(٤)، المحقق في السرائر ٢/٢٨٩.

يستبيح النظر إلى أمها وبناتها

واختلف الأصحاب أيضاً في الحق الرنا بالصحيح في افادته حرمة المصاهرة، فقال الشيخ^(١)، وأبو الصلاح^(٢)، وابن إدراج^(٣)، وابن رهرة^(٤)، وابن حمزة^(٥)، وأكثر المتأخرين بالتحريم^(٦)، وهو الأصح؛ لصحيفة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأه فجور فهل يجوز أن يتزوج بابنتها؟ فقال: «إذا كان هيلة أو شبهها فليتزوج بابنتها، وإن كان جماع فلا يتزوج ابنتها»^(٧). والنهي بالتحريم، ولأن أم المرءى لها وبسها من الرضا عظم محرم، فمن النسب أولى. أما الأولى، فلصحبه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في رجل فحّر بامرأة أميرج أمها من الرضا عظم أو أبنتها؟ قال: «لا»^(٨).

وأما الثانية، فلأن النسب أصل للرضاع في المحرم، والرضاع فرع وتابعه، لظاهر قوله عليه السلام: «الرضاع لحمه كحمة النسب»

وقوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٩)

ويمتع ثبوت الحكم في التابع حيث هو تابع بدون المبتوع ولظاهر قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نَسَائِكُمْ﴾^(١٠)، وهو شامس للمعزى بها، لأن الإضافة يكفي فيها أدنى

(١) النهاية: ٤٥٢

(٢) الكافي في الفقه: ٢٨٤

(٣) المهذب ٢: ١٨٤

(٤) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٢٢

(٥) الوسيلة: ٣٤٥

(٦) مهم الشهيد في لعمدة ١٨٨، والنعمان في شرائع ٢: ٢٨٩، وولد العلامة في الإيضاح ٦٣: ٣

(٧) الكافي ٥: ٤١٦ حديث ٥، المهذب ٧: ٣٣٠ حديث ١٣٥٧، الاستبصار ٣: ١٦٧ حديث ٦٠٨

(٨) الكافي ٥: ٤١٦ حديث ٨، المهذب ٧: ٣٣١ حديث ١٣٦٠، الاستبصار ٣: ١٦٧ حديث ٦١١

(٩) الفقيه ٣: ٢٠٥ حديث ١٤٦٧، مس ابن ماجه ١: ٦٢٣ حديث ١٩٣٧

(١٠) النساء: ٢٣

ملايسة.

وقال المعيد^(١)، والمرتضى^(٢)، وسلا^(٣)، وابن إدريس بعدم التحريم^(٤)؛ لقوله تعالى: ﴿واحمل لکم ما وراء ذلکم﴾^(٥)، وقوله سبحانه ﴿فانکحوا ما طب لکم من النساء﴾^(٦).

ولقول الصادق عليه السلام وقد سئل عن الرجل يأتي المرأة حراماً ابتروحها؟ قال: «نعم وأمها وبناتها»^(٧).

وفي رواية عنه عليه السلام في رجل محر بامرأة أحمل له بنتها؟ قال «نعم إن المحرم لا يفسد الحلال»^(٨).

والجواب: ان عموم الآيات مخصوص بأخبار التهریم، والاتیان وإن كان استعماله في الوطء أكثر إلا أنه محتمل غيره، فلا يعارض لصريح الصحيح ولروايه الأخيرة منزلة على كون الرما بعد نکاح كنت، لأن فيه جمعاً بين الدلائل، فظاهر الرواية لا يأتى ذلك.

فعلى هذا يثبت تحريم الأم والبنت، ولم يسبق نکاح احدهما، فإن سبق لم تحرم المنكوحة، ولا فرق في عدم تحريم المنكوحة بين كونها معقوداً عليها أو موطوءة بالملك وإن كان المذكور في العبارة هو العمد.

(١) المصنف ٧٧

(٢) أساسيات: ٢٤٥

(٣) لمراسم: ١٤٩

(٤) الرائر: ٢٨٧

(٥) النساء: ٢٤

(٦) نساء: ٣

(٧) إتهديد: ٣٢٦، ٧ حديث ١٣٤٣، الاستبصار ٤: ١٦٥ حديث ٦٠٠

(٨) إتهديد: ٣٢٨، ٧ حديث ١٣٥٠، الاستبصار ٤: ١٦٥ حديث ٦٠١

أما النظر واللمس بها يحرم على غير المالك والقبلة فلا. وقيل: إنما تحرم على أب اللامس والناظر وابنه خاصة فيما يملكانه، دون أم المنظورة والملموسة وابنتها واختها، والأقرب الكراهية. ولا خلاف في انتفاء التحريم بها يحل لغير المالك، كنظر الوجه ولمس الكف.

واعلم أن الأصح أيضاً أن المربي بها محرمة على أبي الرافعي وابنه، والخلاف كما تقدم. ويدل على ذلك الإجماع المركب، فإن كل من أثبت التحريم في السابق أثبتته هنا، ومن نفى ثم نفى هنا، فالمرق أحدث قول ثالث. ولظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا مَن كُنَّ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(١) والسكاح حقيقة لعوية في الوطء، والنقل على خلاف الأصل.

قوله: (أما النظر واللمس بها يحرم على غير المالك، والقبلة، فلا. وقيل: إنما يحرم على أبي اللامس ولماظر وابنه خاصة فيما يملكانه، دون أم المنظورة أو الملموسة أو ابنتها أو اختها، والأقرب الكراهية. ولا خلاف في انتفاء التحريم بها يحل لغير المالك كنظر لوجه ولمس الكف).

المراد أن النظر إلى ما يحرم على غير المالك النظر إليه وكذا اللمس ما يحرم على غير المالك لمسه والقبلة هل يشر شيء من ذلك تحريم المصاهرة؟ فيه اختلاف، وتحريره بمباحث؛ لأن البحث في تحريم هذه:

أما في المملوكة بالنسبة إلى أب المالك وبه، أو بالنسبة إلى أم المرأة وبنتها وإن لم تكن مملوكة، أو في الأجنبية.

الأول: إذا ملك جارية ونظر أو لمس منها ما يحرم على غير المالك، فهل تحرم على أبيه وابنه؟ فيه أقوال:

أ عدم التحريم، اختاره المصنف وجماعة^(١)، بالأصل، ولعموم الآيات مثل: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(٢)، ﴿وَاحِلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٣)، ﴿وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(٤).

ولوثقة علي بن يقطين عن العبد الصالح عليه السلام، في الرجل يقبل الجارية ويبشرها من غير جماع داخل أو خارج، تحمل لابنه وابنه؟ قال: «لا بأس»^(٥). ويرد عليه بأن النصوص الواردة في التحريم بأمله عن حكم الأصل وبمحضة لعموم، والرواية ليس فيها نصريح بأن ذلك عن شهوة، فبقيد بأن ذلك عن غير شهوة، والمطلق يحمل على المقيد، ولو ثبت عمومها من جهة ترك الاستعصال حصت بها دل على التحريم بفعل ذلك مع الشهوة.

ب التحريم بالمطر واللمس إذا كان بالشهوة كالوطء، وهو قول الشَّح في الهبة^(٦)، وأباه^(٧)، واختاره مصنف في المختلف^(٨)، وهو الأصح؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَانِكُمُ﴾^(٩).

وحده الاستدلال بمقتضاه التحريم بمجرد الملك، لكن خرج عنه ما إذا تجرد

(١) منهم ابن إدريس في السرائر ٣١٥، والمصنف في الذكرة ٦٣٣٢

(٢) نساء ٤

(٣) نساء ٢٤

(٤) نساء ٣٦

(٥) تهذيب ٢٠٩٨ حديث ٧٤١، الاستبصار ٢١٢٣ حديث ٧٦٨

(٦) لنهاية ٤٩٦

(٧) منهم أبو صلاح حسبي في الكافي في عقه ٢٨٦ ومن الرراج في المهدب ١٨٢٢ وابن حمزة في

نوسيلة ٣٦٣

(٨) مختلف ٥٢٤

(٩) نساء ٢٣

عن الجماع والنظر واللمس بالاجماع، فيبقى الباقي على العموم.
وكذا احتج المصنف في المختلف، وفيه نظر؛ لأن الظاهر أن الخليلة هي الزوجة،
ولأن النظر واللمس بشهوة أقوى من العقد المحرر، فيكون التحريم به أولى.
ولصحيحة محمد بن اسماعيل عن أبي الحسن عليه السلام وقد سأله عن
الرجل يكون له الجارية فيقبلها، هل تحمل لولده؟ فقال: «بشهوة»؟ فقلت: نعم، فقال
«ما ترك شيئاً اذا قبلها بشهوة»، ثم قال ابنه من نفسه: «إن حردتها ونظر إليها
بشهوة حرمت على أبيه وابنه»، قلت: فبدا ينظر إلى جسدها، فقال: «دا نظر إلى فرجها
وجسدها بشهوة حرمت عليه»^(١).

وفي صحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال «اد حرد الرجل
الجارية ووضع يده عليها فلا تحمل لابنه»^(٢).

لا يقال: ما دلت عليه الرواية أحص من المدعى، فإن الرواية دلت على
التحريم بالنظر إلى العورة، ومدعى التحريم بالنظر إلى ما يحرم على غير المالك
لأما بقول لا قائل بالعرض، وقد ثبت التحريم في بعض الصور لنص ثبت في
الباقي للاجماع المركب

ج القول بأن النظر واللمس بحرمان مبطوره الأب ولمحوسته على ابنه دون
العكس، وهو قول مفيد^٣ وقد يحتج له بصحيحه محمد بن مسلم السابقة^٤، ولا حجة
فيها؛ لأن التحريم من الجانبين بذلك ثبت بخصوص أخرى^(٥).

(١) الكافي ٤١٨: ٥ حديث ٢، التهذيب ٢٨١٧ حديث ١١٩٢

(٢) الكافي ٤١٩: ٥ حديث ٥، التهذيب ٢٨٢٧ حديث ١١٩٣

(٣) المسند ٧٧

(٤) الكافي ٤١٩: ٥ حديث ٥، التهذيب ٢٨٢٧ حديث ١١٩٣

(٥) الكافي ٤١٨: ٥ حديث ٤، تهذيب ٢٦٣٥ حديث ١٢٣٥، التهذيب ٢١٢٨: ٨ حديث ٧٥٨، الاستبصار

٢١٢٣ حديث ٧٦٩

الثاني: الحكم بالتحريم السابق إما هو في الأمة؛ لأن الحرمة تحرم على الأب والابن بمجرد العقد عليها، وسيأتي ذلك في عبارة الكتاب، وعلى ذلك فالتحريم بالنظر واللمس إنما هو بالنسبة إلى الأب والابن.

أما بنت المملوسة والمتطورة المعقود عليها وبنتها وأما إذا كانت مملوكة، ففي تحريمهن بالنظر واللمس قولان للأصحاب:

أحدهما قول ابن الحسيد رحمه الله: إن اللمس والقبلة والنظر إلى العورة وما جرى مجراها عمداً تحرم البس من بس كست أو وصلع^(١). وقال الشيخ في الخلاف: إن القبلة واللمس يحرم لأم وإن عدت والبنت وإن تزوت، وقال في مسألة أخرى: إذا نظر إلى فرجها تعلو به تحريم فكصاهرة^(٢).

والثاني عدم التحريم بذلك، وهو محذور أكثر المتأخرين^(٣)، وهو الأصح لنا قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَحْنِمَ بَيْنَ فَلَاجْنَاهُ عَلَيْكُمْ﴾^(٤) والنظر واللمس والتقبيل لا يطلق على شيء منها الدخول.

ووجه الاستدلال به أن الآية دلت على عدم محريم بنت المعقود عليها ما لم يدخل، فثبت ذلك في أم المملوكة وبنتها بالاجماع لمركب، إذ لا قائل بالفرق، ذكره المصنف في المختلف^(٥) لصحيفة عيص بن يقاسم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشر امرأة وقيل، غير أنه لم يعص اليها ثم تزوج ابنتها، قال: «إن لم يكن أقصى فلا بأس، وإن كان أقصى فلا يزوج»^(٦).

(١) نقله عنه العلامة في المختلف. ٥٢٥

(٢) خلاف ٢١٨٣ مسألة ٨١ كتاب النكاح

(٣) منهم المحقق في الشرائع ٢٨٩ ٢. وولد المصنف في الإيضاح ٦٦٣

(٤) لسان. ٢٣

(٥) مختلف. ٥٢٥

(٦) لكافي ٤١٥٥ حديث ٢. لتهذيب ٢٨٠٧ حديث ١١٨٦. لاستبصار ١٦٢٣ حديث ٥٨٩

احتج الشيخ في الخلاف^(١) بإجماع العروة وأخبارهم وطريقة الاحتياط، وبما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وينتها»^(٢)، ويقول عليه السلام «من كشف قناع امرأة حرّمت عليه أمها وينتها»^(٣) ويحتج له بصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليها السلام قال سألت عن رجل تروح امرأة فنظر إلى رأسها وبصر حسدها، اينروح ابتتها؟ قال «لا، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتروح بنتها»^(٤).

وقريب منها رواه أبي الرسع عن الصادق عليه السلام^(٥)، ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام^(٦).

وجمع الشيخ بين هذه الأخبار وبين ما سبق من دلائل عدم التحريم بالحمل على الكراهية، لأن الآية صريحة في عدم التحريم، وهو جمع ظاهر، وبه أجاب المصنف في المختلف^(٧).

الثالث: حكم الشيخ في الخلاف بأن اللمس والقبلة يشبهان يحرم الأم وإن علت والبت وإن نزلت، وسأوى بينهما وبين اللمس والقبلة المباحين^(٨)، وهو ضعيف.

الرابع: اختلف القائلون بأن لونا ينشر حرمة المصاهرة، في أن النظر المحرم إلى الأجنبية هل ينشر الحرمة، فتحرم به الأم وإن علت والبت وإن نزلت. كذا نقل

(١) الخلاف ٢١٨:٣ مسألة ٨٢ كتاب النكاح.

(٢) عوالي اللآل: ٣٣٣ ٣، كنز العمال ١٦ ٥١٧ حديث ٤٥٧٠٥.

(٣) عوالي اللآل: ٣٣٣ ٣.

(٤) الكافي ٤٢٢ ٥ حديث ٣، التهذيب ٢٨٠ ٧ حديث ١١٨٧، الاستبصار ١٦٢ ٣ حديث ٥٩٠.

(٥) الكافي ٤٢٢:٥ حديث ٥، الفقيه ٣٥٧:٣ حديث ١٧٠٨.

(٦) التهذيب ٤٥٨:٧ حديث ١٨٣٢، الاستبصار ١٦٢:٣ حديث ٥٩٢.

(٧) المختلف: ٥٢٥.

(٨) الخلاف ٢١٨ ٣ مسألة ٨١ كتاب النكاح.

أما العقد المجرد عن الوطء فإنه يحرم أم الزوجة وإن علت تحريماً مؤبداً على الأصح.

وهل يشترط لزومه مطلقاً، أو من طرفه، أو عدمه مطلقاً؟ نظر.
فلو عقد عليه الفضولي عن الزوجة الصغيرة، ففي تحريم الأم قبل الاجازة أو بعد فسخها مع البلوغ نظر.

الشارح الفاضل^(١)، ولا شبهة في ضعف لقول بالتحريم.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المراد بالشهوة في قوله، (إن اللمس بشهوة والنظر بشهوة محرمان) هي الميل الطبيعي، فلو كان لمرص كلمس العضو المريض ليعلم حاله ونحو ذلك، فليس من قبيل المحرم، ولا يعتبر انتشار العضو ولا حركته عندها. ويستفاد من قول المصنف: (ولا خلاف في انتفاء التحريم بها يحمل لعير المالك كنظر الوجه ولمس الكف) أنه يحمل النظر واللمس المذكوران في الأمة للأحسي، وفي حل اللمس تردده ثم ارجع إلى قول المصنف:

(وقيل: إنما يحرم على أب الملامس ولما طرأ به خاصة فيما يملكانه)

واعلم أن الضمير في قوله: (يحرم) يعود إلى الملموسة والمنظورة، وأراد بقوله الاحتراز عما صرح به بقوله: (دون أم المنظورة) وقوله: (فيما يملكانه)، احتراز عن النظر واللمس في محل لا يملكانه، فإن النظر واللمس المحرمين لا يحرمان عنده، وإنما اقتصر على حكاية الخلاف في المنظورة والملموسة بالنسبة إلى أب اللامس وابنه مع أن الخلاف في أمها وبنتها استضعافاً له، فكأنه عنده غير ملتفت إليه.

قوله: (أما العقد المجرد عن الوطء فإنه يحرم أم الزوجة وإن علت تحريماً مؤبداً على الأصح، وهل يشترط لزومه مطلقاً، أو من طرفه، أو عدمه مطلقاً؟ نظر. فلو عقد عليه الفضولي عن الزوجة الصغيرة، ففي تحريم الأم به قبل الاجازة أو بعد فسخها مع البلوغ نظر).

هذا بيان حكم ترتب تحريم المصاهرة على لعقد خاصة، وآخره عن بيان حكم النظر واللمس في ذلك؛ لأنها من توابغ الوطء.

وتحقيق الكلام في ذلك أن العقد المحرود عن الوطء يحرم أم الزوجة وإن علت محرماً مؤبداً عند أكثر فقهاء لاسلام^(١)، وحالف ابن أبي عقيل من أصحابها في ذلك، فاشتراط في تحريمها الدخول بالزوجة كالثبت^(٢)، وهو أحد القولين للشافعي من الفقهاء الأربعة^(٣)

والمذهب هو التحريم لأن قوله سبحانه: ﴿وَأَمْهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾^(٤) صريح في اعتبار الدخول في تحريم الربيبة دون أم الزوجة من وجهين: الأول أن (من) في قوله سبحانه ﴿مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ وإن علقها بـ ﴿نِسَائِكُمْ﴾ من قوله عز وجل ﴿وَأَمْهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ كانت لبيان النساء، ويميز المدخول بهن من غير المدخول بهن وإن علقها بـ ﴿رَبَائِكُمْ﴾ من قوله تقديس وعلا ﴿وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ كانت من لا ابتداء الفاية، كما نقول ببات رسول الله صلى الله عليه وآله من حديثه، ويمنع أن يعي بالكلمة الواحدة في خطاب واحد معنيان مختلفان.

فإن قيل: نعتق الجار بها يجعل معناه مجرد الاتصال على حد من في قوله تعالى: ﴿الْمُنَافِقُونَ وَالْمُنَافِقَاتُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ﴾^(٥)، ولا ريب أن أمهات النساء متصلات

(١) منهم أبو لصلاح الحلي في كتابي في لعقد ٢٨٦، وسيح في المبسوط ١٩٦: ٤، وسار في المراسم

١٤٧، ومحرر المحققين في الإيضاح ٦٦: ٣

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٢٢.

(٣) انظر المجموع ٢١٧: ١٦، المعري لابن قدامة ٤٧٢: ٧، لسراج الوهاج ٢٧٣

(٤) النساء ٢٣.

(٥) التوبة: ٦٧.

بالنساء، لأنهن أمهاتهن، كما أن الربائب متصلات بمهاتهن لأنهن بناتهن.
قلنا: في ذلك ارتكاب خلاف الظاهر من غير ضرورة، وآية الماهقين لا تحتل
غير ذلك، على أن المقول في كلامهم أن تحريم أمهات النساء مبهم دون تحريم
الربائب على ما عليه ظاهر كلامه، وقد روى أصحابنا عن الصادق عليه السلام عن
الباقر عليه السلام أن علياً عليه السلام كان يقول: «إن الربائب إنما يحرم مع
الدخول بمهاتهن، وإن أمهات النساء حرم مطلقاً فحرموا وأبهموا ما أهم الله»^(١)
الثاني قد قرر في الأصول أن مجموع الشرط في الوصف والاستثناء بعد جملتين
معاقبتين فصاعداً إنما هو إلى الأخير، إلا أن يدل دليل على خلافه، وفي عدة أخبار
التصريح بتحريم الأم وإن لم يدخل بالبيت من طرق الخاصة والعامة^(٢)
وقد روى أصحابنا وغيرهم روايات كثيرة صريحة بعدم التحريم إلا مع
الدخول كالربيعة^(٣)، وبعضها صحيحة لا تقبل لتأويل، وحكم الشيخ بشنودها
لمخالفتها لكتاب الله^(٤)، وصرح المصنف في المختلف بقوة هذه الأخبار ومنع مخالفتها
لكتاب العزيز وأظهر التوقف، ثم رجع التحريم بالاحتياط وفقوى الأكثر^(٥)
ولقاتل: أن يقول إن تعلق (من) بالنساء والربائب معاً إنما يستقيم بارتكاب
خلاف الظاهر كما بيناه فالمخالفة ثابتة، وأخبار الآحاد المخالفة لما عليه أكثر أهل
الاسلام وظاهر كتاب الله كيف يمكن اتصاف بها والحكم بقوة العمل بها، مع أنهم

(١) لتهذيب ٢٧٣٧ حديث ١١٦٥، الاستبصار ١٥٦٣ حديث ٥٦٩

(٢) لتهذيب ٢٧٣٧ حديث ١١٦٥ و ١١٦٦، الاستبصار ١٥٦٣ حديث ٥٦٩ و ٥٧٠، سر ليهقي

١٥٩٧

(٣) نكاحي ٤٢٢٥ حديث ٤، لتهذيب ٢٧٣٧ حديث ١١٦٨، الاستبصار ١٥٧٣-٣ حديث ٥٧٢

(٤) لتهذيب ٢٧٥٠:٧، الاستبصار ١٥٨:٣

(٥) المختلف: ٥٢٢

يتمسكون بالاجماع فيها يكون الخلاف فيه اظهر من الخلاف هنا، فإن ابن أبي عقيل قد انقضى القائل بمقالته ولحقه الاجماع، والتحرير هو المعنى به

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه هل يشترط لتحريم أم المعقود عليها، بل كل تحريم يترتب على العقد، أن يكون عقد الكاح لازماً من الطرفين، وهو الذي أراده المصنف بقوله: (مطلقاً) أم يكفي لتحريم لزومه من طرف الزوج فقط، أم لا يشترط واحد منها فيثبت التحريم بمجرد حصول العقد الفصولي وإن كان فصولاً من الطرفين؟ فيه نظر بشأ من قيام الدليل على كل من الاحتمالات الثلاث

أما الأول فلمعموم الآيات الدالة على أباحة الكاح من تناول محل اسزاع، مثل قوله تعالى: ﴿وَاحِل لَكُمْ صَاوِرَاءُ ذَلِكُمْ﴾^(١)، مخرج من ما إذا كان العقد لازماً من الطرفين، لأنه العقد الصحيح الذي يترتب عليه أثره بالنسبة إلى كل من الزوجين، فيبقى الكاح على أصل الحل.

ويحتمل الثاني؛ لأن التحريم دائر مع لزوم العقد.

ويحتمل الثالث؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَمْهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾^(٢)

والإضافة تصدق بأدنى ملاسة، فعلى هذا لو عقد الفصولي عن الزوجة الصغيرة على رجل مباشر للعقد هو أو وكيله، بدليل قوله: (أو بعد فسخها) حيث حص الفسخ بها، على أن كون الفسخ منها لا يصح جواره من الزوج، فلا يستلزم كونه غير فصولي من طرفه.

ففي تحريم الأم قبل حصول الإحارة نظر بعدم مما سبق، وكذا في تحريمها بعد فسخ الصغيرة مع كونها قد بلغت، إذ لا يعتد بفسخها قبله نظر ينشأ من ثبوت العقد اللازم من طرفه، وذلك يقتضي تحريم الأم فلا يرول، ومن أنه بالفسخ تبين أن لا

(١) النساء: ٢٤

(٢) النساء: ٢٣

نكاح، وقد سبق الكلام على ذلك في المطلب الخامس في أحكام الأولياء.
 والتحقيق أن يقال: إن حكمنا بكون الإجارة من الزوجين أو أحدهما حرم
 السبب، فالذي يقتضيه صحيح النظر عدم 'تحرير' لأن إطلاق العقد إنما يحمل على
 الصحيح وهو الذي يترتب عليه أثره، والحاصل في العقد الفضولي إنما هو جرم
 السبب، ويمنع صدق النساء على لقي عقد عليها الفضولي.

وكون الإضافة يكفي فيها أدنى ملاسة، معناه أنه إذا أريد إضافة شيء إلى
 شيء كمي لصحة الإضافة أن يكون بينهما أدنى ملاسة، وليس معناه أنه إذا وجد بين
 شئين أدنى ملاسة وجب حمل اللفظ المصروف منها إلى الآخر على جمع محملاته
 العريية والبعدة، لأن الواجب الحمل على المعنى الحقيقي الذي يتبادر إلى ألبهم عند
 إطلاق اللفظ.

والمعقود عندها فصولاً من الطرفين معاً أو من أحدهما لا يعد من النساء بالنسبة
 إلى المعقود له، ولا من زوجاته ومنكوحاته، لما قلناه من أن الحاصل جرم العقد لا كله،
 وإن حكمنا بكون الإجارة كاسفة عن حصول العقد لصحيح والرد كاشف عن عدمه
 فالتحرير الحقيقي لثابت لعبير الأم بحسب نواضع وعدمه موقوف على انكشاف الحال
 عندنا بالإجارة أو الرد، لكن قبل حصول أحدهما ويبين الحال ينبغي أن يحكم بالمنع
 من تروج أم المعقود عندها واختها وبقتها، لأن العقد الواقع بمعرض أن يكشف
 صحته ولزومه من الجاهلين.

فإن قيل: كيف حرمن بمجرد الاحتمال والأصل الإباحة.

قلنا: لما حصل عقد وترددنا في سببته وعدمه على حد سواء، وكان له أمد ينتظر
 انكشاف حاله عندها، لم يجوز الهجوم على نكاح من يترتب على هذا العقد تحريم
 نكاحه.

ولم يبق أصل الإباحة كما كان؛ لأن حصول ما وقع اللبس في سببته نقل عن

حكم الأصل الذي كان، وليس هذا بأدون من المعقود عليها عقدان لاثنتين وقد التمس العقد السابق منها، فإن أم المرأة حرام على كل منها لا محالة، وكذا لو عقد عاقد على امرأة والتبست المعقود عليها بأخرى، فإن أم كل منها حرام عليه.

والحق أن بين هاتين والمعقود عيبها فضولاً فرقاً؛ لثبوت السبب التام الناقل عن حكم الأصل فيهما، بخلاف المتنازع، وكيف كان فالاحتياط التحريم وإن كان الطرف الآخر لا يخلو من وجه. ولا فرق في هذا بين كون العقد فضولياً من الطرفين أو أحدهما، من جانب الزوج أو الزوجة؛ لأن كون الإجازة كاشفة لا معاوثة فيه بين الأمور الثلاثة، فإذا حصل الرد انكشف لنا بطلان العقد من حين وقوعه.

وأنه لا مصاهرة بسببه فلا تحريم، وإطلاق الفسخ في مثل ذلك محار لا محالة، وإن كان قد حصلت الإحالة انكشفت صحته ولرومه من حين وقوعه. ويتفرع على ذلك أن الصديق لو كان عيناً من أموال الزوج فسمت قبل الإجازة انكشف بالإجازة أن المصاهرة للزوجة وبالرد أنه للزوج، وهذا بحمد الله تعالى واضح.

واعلم أن في قوله: (هل يشترط لرومه مطلقاً) أمران:

الأول: أن التفسير باشتراط للروم وعدمه يندرج فيه ما إذا كان النكاح متزلزلاً، فيها إذا وجد عيب أو شرط أو تدليس يقتضي التسلط على الفسخ، فإن اللزوم بمعنى عدم التزلزل بهذا الاعتبار غير شرط في ثبوت تحريم الأم قطعاً؛ لأن النكاح هنا حقيقي محرّم للام بنص الكتاب^(١) والسنة^(٢)، وإنما التردد في النكاح الفضولي؛

(١) النساء: ٢٣

(٢) التهذيب ٢٧٣٧ حديث ١١٦٥ و١١٦٦، الاستبصار ١٥٦: ٣ حديث ٥٦٩ و٥٧٠

وتحرم المعقود عليها على أب العاقد وإن علا وابنه وإن نزل، ولا تحرم بنت الزوجة على العاقد عيناً بل جمعاً، فلو فارقها قبل الدخول حل العقد على البنت، وكذا أخت الزوجة وبنت أخيها واختها إلا أن ترضى العمة أو الخالة.

لأنه ليس نكاحاً حقيقياً جزماً، والاقتصار على نص يعم المضولي غير كافٍ، بل كان ينبغي التعبير بما لا يشمل غير المضولي.

الثاني. قوله: (أو عدمه مطلقاً) لمتبادر منه أنه هل يشترط عدمه مطلقاً، وليس بعيد. وكان الأولى أن يقول: أو لا يشترط مطلقاً، فيحب التنبيه لذلك.

قوله: (ويحرم المعقود عليها على أب العاقد وإن علا وابنه وإن نزل، ولا تحرم بنت الزوجة على العاقد عيناً بل جمعاً، فلو فارقها قبل الدخول حل له العقد على البنت، وكذا أخت الزوجة وبنت أخيها واختها، إلا أن ترضى العمة والخالة).

قد سبق الوعد بأنه سيأتي في كلام المصنف أن الزوجة تحرم على أبي الزوج وإن علا وابنه وإن نزل بمجرد العقد، والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع. أما بنت الزوجة فلا تحرم على الزوج بمجرد العقد عيناً، أي حرمة متعلقة بعينها، بل إنها تحرم جمعاً، بمعنى أن الأم ما دامت في النكاح حرمت البنت، فإذا فارقها قبل الدخول حلت البنت وإن لمس أو قبل بشهوة على الأصح كما سبق. وكذا القول في أخت الزوجة فإنها تحرم جمعاً ولا تحرم عيناً بحال، فمضى فارق الزوجة حلت اختها، سواء كانت قبل الدخول أم بعده.

وكذا بنت أخي الزوجة وبنت اختها تحرم كل منها على من عنده العمة والخالة إلا أن ترضى العمة والخالة، ولا خلاف في شيء من ذلك عندنا.

ويحرم وطء مملوكة كل من الأب وإن علا والابن وإن نزل على الآخر بالوطء لا بالملك.

ولا يحرم الملك مع الوطء، ولو وطأ أحدهما مملوكة الآخر بزنا أو بشبهة ففي التحريم نظر.

قوله: (ويحرم وطء مملوكة كل من الأب وإن علا وابنه وإن نزل على الآخر بالوطء لا بالملك، ولا يحرم للملك مع الوطء).

قد سبق حكم الزوجة بالنسبة إلى أب الزوج وابنه، وهذا حكم المملوكة بالنسبة إليها، وحمل متعلق التحريم وطء مملوكة الأب والابن، لأن الملك لا يسمع منه قطعاً إذ لا منافاة بين تحريم الوطء وثبوت الملك.

وقد صرح به المصنف بقوله: (ولا يحرم للملك مع الوطء، وإنما يحرم وطء مملوكة الأب والابن مع وطء الأب أو الابن لا بمجرد الملك)، لكن قد سبق أنها محرم بنظر ما لا يحمل لعير المالك نظره بشهوة، وكذا لمسه بشهوة على أحد القولين، إلا أنه غير مرضي عند المصنف.

قوله: (ولو وطأ أحدهما مملوكة الآخر بزنا أو بشبهة ففي التحريم نظر).

يريد بذلك ما إذا وطأ الأب أو الابن مملوكة الآخر بزنا أو بشبهة قبل أن يطأها المالك، فإن في تحريمها على المالك بذلك نظر، يشأ من اختلاف الأصحاب، وتعارض الدلائل عنده.

قال الشيخ رحمه الله^(١)، وابن الجنيدي^(٢)، وابن البراج^(٣)، وجماعة^(٤) على

(١) النهاية ٤٥٢

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٢٤

(٣) المهدب ١٨٣٢

(٤) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه ٢٨٦، وصغر لمحققين في الإيضاح ٣ ٦٨

التحريم؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(١) فإنها كما تتناول الوطء بالنكاح الصحيح تتناول الوطء بالزنا والشبهة.

فإن قيل: النكاح حقيقة في لعقد فلا حجة في الآية. قلنا: قد ثبت أنه حقيقة لعوية في الوطء، والأصل عدم النقل. فإن قيل: قد استعمل شرعاً في العقد، بل استعماله فيه أشيع. قلنا: مجازاً؛ لأن الاشتراك مع كونه على خلاف الأصل مرجوح إذا عارضه المحار، وإذا ثبت التحريم بذلك في حق الابن فكذلك في الأب؛ لعدم القائل بالفرق ولما رواه عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام في الرجل يكون له الخارية فيقع عليها ابن ابنته قبل أن يطأها الجدة، أو الرجل يربي ثمة المرأة، هل يحل لابنه أن يتزوجها؟ قال «لا، إنما ذلك إذا تزوجها فوطأها ثم زنا به لم يضره؛ لأن المحرام لا يفسد الحلال، فكذلك الخارية»^(٢).

ولا يضر ضعف سندها؛ لاعتضادها بظاهر الآية، وغير ذلك من الروايات. ونفى ابن ادريس التحريم^(٣)؛ تمسكاً بالأصل، وبظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وراءَ ذَلِكَ﴾^(٤) ونحوه، ويقول عليه السلام: «لا يحرم المحرام الحلال وإنما يحرم ما كان بنكاح»^(٥).

وجوابه: إن الأصل يترك للدليل والآية مخصوصة بها قدماء، والحديث يراد به المحرام اللاحق، والمحصن المستفاد من قوله: «وإنما يحرم ما كان بنكاح» معارض بها سبق

(١) النساء: ٢٢

(٢) الكافي ٤٢٠: ٥ حديث ٩، التهذيب ٢٨٣٧ حديث ١١٩٦ لاستبصار ١٦٤: ٣ حديث ٥٩٧

(٣) السرائر: ٢٨٧

(٤) النساء: ٢٤

(٥) سنن البيهقي ١٦٩٧

وليس لأحدهما أن يطأ مملوكة الآخر إلا بعقد أو ملك أو إباحة،
وللأب التقويم مع الصغر.
ولو وطأ الأب أو الابن زوجة الآخر أو مملوكته الموطوءة بزنا أو شبهة،
فالأصح أنه لا يوجب التحريم.

من الدلائل الدالة على أن الرنا ينشر حرمة المصاهرة، والأصح التحريم.
واعلم أن المملوكة وإن كانت أعم من الموطوءة وغيرها، إلا أن تعليق الحكم
على مملوكتها يقتضي ثبوت التردد في محرمتها إذا لم يكن المالك قد وطأها، ولا يدل
على أن الموطوءة لا يتعلق بها حكم التحريم بذلك إلا أن ذلك سياق صريحاً في قوله:
(ولو وطأ الأب أو الابن زوجة الآخر أو مملوكته الموطوءة...)
قوله: (وليس لأحدهما أن يطأ مملوكة الآخر إلا بعقد أو ملك أو
إباحة، وللأب التقويم مع الصغر).

كما لا يحل لواحد من الأب والابن التصرف في مال الآخر إلا بأذن المالك؛
لأن المسلم على المسلم حرام ماله وعرضه، وكذا لا يحل لأحدهما أن يطأ مملوكة الآخر
إلا بسبب صحيح، وهو إما العقد أو الملك الشرعيان، والإباحة دائرة بينها على ما
سياق تحقيقه إن شاء الله تعالى.

وإنما أفردها بالذكر لوقوع اسراع في أمها من قسم العقد أو من قسم الملك،
فربما لم ينتقل الذهب معطفها على القسمين من قبيل عطف الخاص على العام لهذه
النكتة، ويجوز لكل من الأب والجد تقويم جارية الابن الصغير على نفسه بأن
يتملكها بعقد شرعي مملوك، ولا يكفي مجرد التقويم قطعاً، إذ لا ينتقل الملك إلا بسبب
ناقل، وقبل الانتقال لا يجوز التصرف، ولا اثر للتقويم بدون العقد المملوك، ولا خلاف
في شيء من هذه الأحكام، ولا فرق بين كون الأب والجد ملياً أم لا.

قوله: (ولو وطأ الأب أو الابن زوجة الآخر أو مملوكته بزنا أو شبهة،
فالأصح أنه لا يوجب التحريم).

ولا حد على الأب في الزنا بمملوكة ابنه، ويحد الابن مع انتفاء الشبهة.
ولو حملت مملوكة الأب بوطء الابن لشبهة، عتق ولا قيمة على
الابن.

المراد انه اذا وطأ أحدهما روحه الآخر وإن لم يكن مدخولاً بها، أو مملوكة التي
قد وطأها المالك بالملك أو بسبب آخر وإن تقدم على زمان الملك بزنا أو شبهة، ففي
تحریمها على الزوج والمالك قولان؛

أحدهما: التحريم؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ
النِّسَاءِ﴾^(١) وهو ضعيف، لأن الآية مخصوصة بقوله عليه السلام: «لا يحرم الحرام
الحلال»^(٢)

وأصحها - وهو مختار الأكثر^(٣) - عدم التحريم، ولا يخفى أن الحار في قوله:
(بزنا) يتعلق بقوله: (ولو وطأ الأب).

قوله: (ولا حد على الأب في الزنا بمملوكة ابنه، ويحد الابن مع انتفاء
الشبهة).

لا خلاف في ذلك، والفرق أن الأب لما كان أصلاً في وجود الابن اثبت له
الشارع هذه المزية وسحوها، وفي قوله عليه السلام «است ومالك لأبيك»^(٤) إيهام إلى
ذلك

قوله: (ولو حملت مملوكة الأب بوطء الابن شبهة عتق ولا قيمة على
الابن).

(١) لسان: ٢٢

(٢) سنن البيهقي ١٦٩٧

(٣) مهم الشيخ في لهابه. ٤٥٢، وابن تيمية في سرائر ٢٨٧، وابن تيمية في المذهب ١٨٣٢

(٤) سنن ابن ماجة ٢٦٩٢ حديث ٢٢٩٩

ولا عتق مع الزنا.

ولو حملت مملوكة لابن بذكر لم ينعق، وعلى الأب فكه مع الشبهة.
ولو حملت بانثى عتقت على الابن ولا قيمة، ولا عتق مع الزنا.
وعلى كل من الأب والابن مهر المثل لو وطأ زوجة الآخر للشبهة،
فإن حرمتها بها فعادوها الزوج وجب عليه مهر آخر وإلا فلا.

وذلك لأن السب يشب مع الشبهة، فيكون ابن ابن مالك الأمة، فيعتق عليه
لو كان رقاً، فلا تحب عليه قيمة
قوله: (ولا عتق مع الزنا).

وجهه إساءة السب بالزنا، فإذا كان الابن زانياً لم يسحق السب الموجب
للعق، ولا يحق أن يقدح في كلام لمصنف التردد في أن الربا هل يشب معه العتق
كالصحيح والشبهة، وحرمت هنا بالعدم، فيكون رجوعاً عن الحزم السابق.
قوله: (ولو حملت مملوكة الابن بذكر لم ينعق، وعلى الأب فكه مع
الشبهة، ولو حملت بانثى عتقت على الابن ولا قيمة، ومع الزنا لا عتق).
أي: لو حملت مملوكة الابن من لأب، فإن كان بذكر لم ينعق؛ لأن الأخ لا
ينعق على أخيه لو ملكه كما هو مقرر في موضعه، بخلاف الأخت.

فلو حملت بانثى عتقت، ولم يجب على الأب للابن قيمتها، وتجب القيمة في
الذكر. وهذا كله إما هو مع الشبهة، أما مع الرن فلا نسب ولا عتق ولا قيمة.
قوله: (وعلى كل من الأب والابن مهر المثل لو وطأ زوجة الآخر
للشبهة، فإن حرمتها بها فعادوها الزوج وجب عليه مهر آخر، وإلا فلا).

لا ريب أن الوطء بالشبهة يوجب على الواطء مهر المثل إذا لم تكن الموطوءة
عامة بالحال، فإذا وطأ الأب أو الابن زوجة الآخر للشبهة، وقبلنا بتحريمها على
الزوج بذلك، فعادوها الزوج، أي: وطأها بعد ذلك، وجب عليه مهر آخر لها؛ لأن وطء

والرضاع في ذلك كله كالنسب.

الفصل الثالث: في باقي الأسباب، وفيه مسائل:

أ: من لا عن امرأته حرمت عليه أبدأً، وكذا لو قذف زوجته الصباء أو الخرساء بها يوجب اللعان لولا الآفة.

الشبهة لا يخلو عن المهر، وهذا إذا لم تكن عاتمة بالحل.

وهوله. (وإلا فلا) معناه وإن لم نحرّمها بذلك على الزوج، أو لم يعاودها الزوج فليس لها مهر آخر، وهو ظاهر.

قوله: (والرضاع في ذلك كله كالنسب).

أي: حكم الأب من الرضاع كحكم الأب من النسب، والابن من الرضاع كالابن من النسب، ويسب الزوجة من الرضاع وأُمّها كاليت والأُم لها من النسب. وكذا القول في الأخ والعمّة والخالة، ففي كل موضع حكمنا بتحريم المصاهرة لأحد المذكورين من النسب، حكمنا به في نظيره من الرضاع، وقد سبق هذا مستوفى.

قوله: (الفصل الثالث: في باقي الأسباب، وفيه مسائل:

الأولى: من لا عن امرأته حرمت عليه أبدأً، وكذا لو قذف زوجته الصباء والخرساء بها يوجب اللعان لولا الآفة).

أجمع الأصحاب على أن من لا عن امرأته حرمت عليه أبدأً، وروى أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل: «والملاعنة لا تحل له أبدأ»^(١).

وكذا اجمعوا على أن من قذف زوجته وهي صباء أو خرساء قذفاً يوجب اللعان لولا الآفة وهي الصمم والخرس، بأن يرميها بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البينة.

ب: لو تزوج امرأة في عدتها عالماً حرمت عليه أبداً دون أبيه وابنه، وإن جهل العدة أو التحريم: فإن دخل فكذا في حقه وحقوقها، وإلا بطل واستأنف بعد الانقضاء.

ويلحق به الولد مع الجهل إن جاء لستة أشهر فصاعداً من حين الوطء، ويفرق بينهما، وعليه المهر مع جهلها لا علمها، وتعتد منه بعد اكمال الأولى، ولو كانت هي العالة لم يحل لها العود إليه أبداً.

ولو تزوج بذات بعل ففي الحاقه بالمعتدة اشكال يشأ: من عدم التنصيص، ومن أولوية التحريم.

ولا فرق في العدة بين البائن والرحمي وعدة الوفاة.

وروى أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: أنه سئل عن رجل قذف امرأته بالربا وهي خرساء صماء لا تسمع ما قيل، فقال: «إن كان لها بنتة شهد عبد الإمام حله الحد وفرق بينهما، ثم لا تحل له أبداً، وإن لم يكن لها بنتة فهي حرام عليه ما أقام معها ولا ائتم عليها منه»^(١).

قوله: (الثانية). لو تزوج امرأة في عدتها عالماً حرمت عليه أبداً دون ابنه وابنه، وإن جهل العدة أو التحريم، فإن دخل فكذا في حقه وحقوقها، وإلا بطل واستأنف بعد الانقضاء، ويلحق به الولد مع الجهل إن جاء لستة أشهر فصاعداً من حين الوطء، ويفرق بينهما، وعليه المهر مع جهلها لا علمها، وتعتد منه بعد اكمال الأولى.

ولو كانت هي العالة لم يحل لها العود إليه أبداً، ولو تزوج بذات بعل، ففي الحاقه بالمعتدة اشكال يشأ: من عدم التنصيص، ومن أولوية التحريم. ولا فرق في العدة بين البائن والرجعي وعدة الوفاة)

إذا تزوج رجل امرأة في عدتها فله صورة؛ لأنها إما أن يكونا عالمين، أو جاهلين بالعدة أو التحريم، أو أحدهما عالماً والآخر جاهلاً. وعلى التقديرات فإما أن يحصل الدخول، أو لا:

الأولى: أن يكونا عالمين بالعدة والتحريم ويدخل.

الثانية: الصورة بهاها ولا دخول، فتحرم عليه مؤبداً في الصورتين، لما رواه زرارة بن أعين وداود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام. وعبد الله بن بكير عن أديم بياع الهروي عنه عليه السلام، أنه قال: «لذي يتزوج المرأة في عدتها وهو يعلم لا تحمل له أبداً»^(١).

وروى عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها بجهالة، أي من لا تحمل له أبداً فقال: «لا، أما إذا كان بجهالة فليزوجها بعد ما تنقضي عدتها، وقد يعتذر الناس في الجهالة ما هو اعظم من ذلك». فقلت: بأي الجهالتين؟ عذر، بجهالته أن يعلم أن ذلك محرم عليه أبداً، أم بجهالة أنها في عدة؟

فقال: «أحدى الجهالتين أهون من الأخرى، الجهالة بأن الله تعالى حرم ذلك عليه، وذلك أنه لا يقدر على الاحتياط معها».

قلت: فهو في الأخرى معذور؟ قال: «لا، نعم، إذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوجها».

فقلت: وإن كان أحدهما متعمداً والآخر بجهالة؟ فقال: «الذي تعمداً لا يحمل له أن يرجع إلى صاحبه أبداً»^(٢) وغير ذلك من الروايات^(٣).

(١) الكافي ٤٢٦:٥ حديث ١، التهذيب ٣٠٥٧ حديث ١٢٧٢

(٢) الكافي ٤٢٧:٥ حديث ٣، التهذيب ٣٠٦٧ حديث ١٢٧٤

(٣) الكافي ٤٢٧:٥ حديث ٦، ٥، ٤، التهذيب ٣٠٧٧ حديث ١٢٧٥ و١٢٧٧

إذا تقرر ذلك فاعلم أنها كما تحرم على العاقد محرم على أبيه وابنه، لكن في الأولى دون الثانية، وذلك على أصح القولين من أن الرنا يحرم المزني بها على أبي الزاني وابنه، وأطلق المصنف عدم التحريم عليهما، وإطلاقه يتناول ما إذا حصل مع العقد دخول، على أن المصنف لم يرجح فيما سبق القول بالتحريم ولا عدمه.

الثالثة أن يكونا جاهدين بالعدة أو التحريم ويدخل فتحرم أبداً؛ لرواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا تزوج الرجل المرأة في عدتها ودخل بها لم تحل له أبداً، عالماً كان أم جاهلاً، وإن لم يدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للآخر»^(١).

وإلى هذه الصورة أشار المصنف بقوله: «والأصل بطلانها واستأنف بعد الانقضاء».

أي وإن لم يدخل بطلان المكاح واستأنفه بعد انقضاء العدة إن شاء.

الرابعة. الصورة بحالها ولا دخول، فلا تحريم، ولا فرق بين كونه جاهلاً بالعدة وبالتحريم، لأن الجاهل في سعة. ولرواية عبد الرحمن السالحي^(٢).

ولقطوعة محمد بن مسلم قال قنت له المرأة الحلبي يتوفى عنها زوجها فتضع وتزوج قبل أن تعتد أربعة أشهر وعشرة.

فقال: «إن كان الذي تزوجها دخل بها فرّق بينهما ولم تحل له أبداً، أو اعتدت بها بقي عليها من عدة الأول واستقيبت عدة أخرى من الآخر ثلاثة قروء. وإن لم يكن دخل بها فرّق بينهما وأتمت ما بقي من عدتها وهو حاطب من الخطاب»^(٣). والمراد مع عدم الدخول لروايتي الحلبي وعبد الرحمن السالحي.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنها مع لدخول تحرم على أبي العاقد وابنه؛ لأن الوطء

(١) الكافي: ٤٢٦٥ حديث ٢، التهذيب ٣٠٧٧ حديث ١٢٧٦

(٢) الكافي ٤٢٧٥ حديث ٣، التهذيب ٣٠٦٧ حديث ١٢٧٤

(٣) الكافي ٤٢٧٥ حديث ٤، التهذيب ٣٠٧٧ حديث ١٢٧٧ الاستبصار ١٨٧٠٣ حديث ٦٨٠

بالشبهة كالصحيح في أحكام المصاهرة، وقد صرح المصنف بالتحريم هنا بقوله: (فكذلك في حقه وحققها) أي: حرمت مؤبداً في حق العاقد وابنه وابنه، ولم يصرح بالحاق الوطء بالشبهة بالصحيح في استحريم فيها سبق، بل اقتصر على حكاية الخلاف، وهنا مسائل

الأولى: اذا حصل الدخول في صورة الجهل فأنت بولد لستة أشهر فصاعداً من حين الوطء، كان لاحقاً بالعاقد، لرواية جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عديها السلام في المرأة تزوج في عدتها، قال «يفرق» بينهما وتعتد عدة واحدة منها جميعاً، وإن جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً فهو للأخير، وإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فهو للأول»^(١)

الثانية: يفرق بينهما قطعاً لأنها في عدة أحير، وقد سبق في رواية محمد بن مسلم.

الثالثة يجب على العاقد المهر بالدخول اذا كانت جاهلة بالتحريم، وبه رواية مقطوعة^(٢)، إلا اذا كانت عالمة؛ لأنها رائية، وهو مهر المثل، ويجيء على قول الشيخ السالف^(٣) لزوم المسمى

الرابعة تعتد منه بعد اكمال العدة الأولى، ولا يكفيها عدة واحدة؛ لأن تعدد الأسباب يقتضي تعدد المسببات ولقطوعة محمد بن مسلم^(٤) وما يوجد في بعض الأخبار من الاكتفاء بعدة واحدة^(٥)، محمول على عدم الدخول، جمعاً بين الأدلة،

١١. التهذيب ٢٠٩٧ حديث ١٢٨٢

٢. الكافي ٤٢٧٥ حديث ٦ التهذيب ٣٠٨٧ حديث ١٢٨١

٣. المبسوط ٣١٤٥

٤. الكافي ٤٢٧٥ حديث ٤ التهذيب ٣٠٧٧ حديث ١٢٧٧ الاستبصار ١٨٧٢ حديث ٦٨٢

٥. التهذيب ٣٠٨٧ حديث ١٢٧٨، الاستبصار ١٨٨٢ حديث ٦٨١

وسيبقى ذلك في العدد إن شاء الله تعالى

الخامسة: لو كان لعلم به بتحريم والعدة من أحد الخائنين خاصة والآخر جاهل بأحدهما، فالتحريم إنما هو من طرف العلم دون الجاهل حيث يستفي التحريم بالجهل، وذلك مع عدم الدخول، وهو مفهوم رواية عبد الرحمن بن الحجاج السالفة^(١) فإن قيل كيف يعقل التحريم من أحد الخائنين خاصة، فإن أحدهما متى حرم على الآخر لم يجر للآخر الترويج به؛ لما في ذلك من المعاونة على الإثم والعدوان. قلنا: يمكن التوصل إلى النكاح من المحلل له حيث لا يشعر من تعلق به التحريم بالجهل، إما بأن يجهل التحريم، أو يحقق عليه عين الشخص بتخلل مدة طويلة، ويحور ذلك واستشككته بينهما الشهادة في بعض حواشيه بعدم الظير، ولا اشكال مع ورود النص^(٢) بذلك.

لكن يشكل بوجه آخر، وهو: لو حوّرنا العقد في صورة جهل من تعلق به التحريم بالجهل لكان إذا حدد علمه بذلك بعد العقد يلزم أما الحكم ببطال النكاح الصحيح، أو صحته مع وجود النكاح، وكلاهما باطل. ووجه اللزوم أنه إن حكم على من تعلق به التحريم بصحة النكاح لزم الأمر الثاني، أو بفساده لزم الأمر الأول. والحق أن النكاح لا يعقل صحته من أحد الخائنين دون الآخر، فلا يعقل ثبوت التحريم من أحدهما خاصة، وليس هذا كما لو اختلفا في صحة النكاح وفساده فالحكم ظاهر بالصحة، فإن مدعي الفساد تلحقه أحكام الزوجية ظاهراً، ويجب عليه فيها بينه وبين الله تعالى العمل بما يعلمه بحسب مقدوره، فاختلف الحكم نظراً إلى الظاهر، وما في نفس الأمر والحكم هنا إنما هو بالمظهر إلى نفس الأمر.

السادسة: لا فرق في ذلك بين كون العدة بائنة أو رجعية أو وفاة أو عدة

(١) الكافي ٤: ٢٢٧: ٥ حديث ٣، التهذيب ٣: ٦٧: ٣٠٦٧ حديث ١٢٧٤

(٢) الكافي ٤: ٢٢٧: ٥ حديث ٢ و ٣، التهذيب ٣: ٧٧: ٣٠٧٧ حديث ١٢٧٤ و ١٢٧٦.

شبهة إطلاق العدة في لصوص^(١)، ولأن ترك الاستعصال في حديث عبد الرحمن بن الحجاج^(٢) يدل على العموم، ولم يتعرض المصنف لذكر عدة الشبهة لكن الدليل يقتضيه.

وكذا لا فرق في الدخول بين القبل والدير على أقرب الوجهين؛ لما سيأتي إن شاء الله تعالى من أن الوطء في الدير يعد دخولاً كالقبل وكذا لا فرق بين كون المكاح متعة ودواماً سوى المكاح الذي منه العدة والنكاح الطاري؛ لعموم النص^(٣).
السابعة: لو تزوج بذات بعل ودخل بها عالماً بالحال حرمت مؤبداً، لأنه ران، والرنا بذات البعل يقتضي التحريم المؤبد^(٤).
وكذا لو دخل جاهلاً على أقرب الوجهين، لأن علاقة الزوجية أقوى من علاقته الاعتداد، فثبت التحريم مع الزوجية بطريق ران.
ولرواية زرارة عن الباقر عليه السلام في امرأة فعدت زوجها أو هي إليها، فتزوجت، ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال: «نعتد منها جميعاً ثلاثة أشهر عدة واحدة، وليس للأخير أن يتزوجها أبداً»^(٥)، وفي طريقها ابن بكير وهو قطعي، ومع ذلك فقد دلت على الاكتفاء بعدة واحدة منها، والمصنف حلاه.

ومقطوعة محمد بن مسلم قد تضمنت وحوب العدتين^(٦)، ونزلها الشيخ في التهذيب على عدم الدخول^(٧)، وقوله عليه السلام: «نعتد منها جميعاً» ينافيه، ولو صح

(١) نكاحي ٤٢٦: ٥ حديث ١ - ١٥، التهذيب ٣٠٥: ٧ حديث ١٢٧٢ - ١٢٧٦.

(٢) نكاحي ٤٢٧: ٥ حديث ٣، التهذيب ٣٠٦: ٧ حديث ١٢٧٤.

(٣) نكاحي ٤٢٦: ٥ حديث ٢، التهذيب ٣٠٧: ٧ حديث ١٢٧٦.

(٤) التهذيب ٣٠٨: ٧ حديث ١٢٧٩، الاستبصار ١٨٨: ٣ حديث ٦٨٢.

(٥) التهذيب ٣٠٧: ٧ حديث ١٢٧٧، الاستبصار ١٨٢: ٣ حديث ٦٨.

(٦) التهذيب ٣٠٨: ٧ دليل الحديث ١٢٨٠.

وهل وطء الأمة في الاستبراء كالوطء في العدة؟ اشكال.

التشريع اشكلت بوجه آخر، وهو ثبوت التحريم المؤبد بمجرد العقد مع المهرل بالزوجية، فإنه مع بعده لا فائل به.

ومحتمل عدم التحريم؛ لعدم التنصيص عليه، فيتمسك بإصالة الحل، والقياس باطل، والمعتمد الأول ولا قياس بل الحكم من باب التنبية كما أشار إليه المصنف هنا. وصرح به في التحرير وأمس فيه بالتحريم^١. واستشكله هنا وأعرض بعضهم على أول وجهي الاشكال بوجود النص الدال على التحريم كما اعترف به في التحرير، ولعله لما رأى أن دلالة النص على المراد غير واضحة لم يلتصق إليه ولو تزوج بذات البعل ولم يدخله فإن كان جاهلاً فلا محرم؛ لاستثناء المقتضي والتمسك بالأصل، ولو كان عالماً فاشكال ينشأ من عدم التنصيص، ومن أن الحكم بالتحريم هنا بطريق أولى.

ولا يخفى أن قول المصنف (ولو تزوجت بذات بعل .) يقتضي أن الاشكال في لحاقه بالتزوج بالمعتدة في جميع الصور، لكن يسمى استثناء ما إذا تزوج بذات البعل جاهلاً ولم يدخل، فإن المتجه هنا عدم التحريم بغير اشكال، وكذا لو تزوج ودخل عالماً؛ لأنه رأى بذات بعل.

الثانية: لو وطأ المعتدة بملك اليمين فهل هو كما لو تزوج في العدة ودخل؟ فيه اشكال ينشأ من عدم التنصيص، ومن مساواة لوطء بملك اليمين للوطء بالنكاح. قوله: (وهل وطء الأمة في الاستبراء كالوطء في العدة؟ اشكال).

أي: لو وطأ الأمة في زمان الاستبراء، أما بالنكاح أو بملك اليمين، جاهلاً بكونها مستبرأة أو بالتحريم، أو عالماً، فهل هو كالوطء للمعتدة في العدة؟ فيه اشكال ينشأ من أن الاستبراء من أقسام العدة فيناوله النص

ولو تزوج بعد الوفاة المجهولة قبل العدة، فالأقرب عدم التحريم المؤبد، ويحتمله وإن زادت المدة عن العدة، وفي المسترابة اشكال.

ومن أنه نوع بانفرده، ولهذا اختص باسم يدل عليه، فلا يشاؤله النص الوارد في المعتدة، والأصل، والأصح عدم التحريم، وإن المصنف لو قال: ولو تزوج بمستبرأة ففي لحاقه بالمعتدة اشكال، لكان اشمل.

قوله: (ولو تزوج بعد وفاة المجهولة قبل العدة، فالأقرب عدم التحريم المؤبد، ويحتمله وإن زادت المدة عن العدة).

لما كانت المتوى عنها زوجها إنما تختبئ عن علمها بالوفاة، فقله لا تكون معتدة ولا روجة، كان الأقرب عند المصنف عدم التحريم المؤبد لو زوجها آخر، عالماً أو جاهلاً، دخل أو لا، لانتهاء المقضي للتحريم، وهو كونه مروجة أو معتدة، والأصل الحل، عيمسك به إلى أن يحصل النافل

ويحتمل التحريم المؤبد؛ لأنه لو تزوجها بعد هذا الزمان في زمان العدة لاقتضى التحريم، ففيه أولى؛ لأنه أقرب إلى زمان الروحية. ولا فرق بين كون المدة لتحلله بين الوفاة والعدة زائدة على قدر العدة أو مساوية أو ناقصة، لأن العدة إنما تكون بعد العلم بالوفاة، وإن تراخى زمانه فجميع ما قبله سواء في الحكم، قل أو كثر، ولا يخفى أن الأولوية ممنوعة، والقياس لا يقول به، وعدم التحريم أقرب.

واعلم أن الصمير المستتر في قوله، (ويحتمل) يعود إلى ما دل عليه السياق، وهو المبحث أو المقام، والبارز يعود إلى التحريم المؤبد، أي، ويحتمل هذا المبحث لتحريم المؤبد إلى آخره.

قوله: (وفي المسترابة اشكال).

لو طلق المسترابة بالحمل بثناً، وفرضها أن تعتد بثلاثة أشهر، فرئت الدم قبل انقضاء الشهر الثالث، فإنه سيأتي إن شاء الله تعالى أنها ترخص مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر، فإذا تزوجها أخرى مدة الترخيص عالماً بالحال والتحريم ودخل بها، فهي

ج: لو زنا بذات البعل أو في عدة رجعية، حرمت عليه أبدأً. ولو لم يكن أحدهما لم تحرم، سواء كانت ذات عدة بائن أو لا وإن كانت مشهورة بالزنا.

تحريمها مؤيداً اشكال يشأ: من أن ذلك ليس زمان المدة، لقولهم إنها تعتد بعد ذلك بثلاثة أشهر فليست معتدة ولا روجة، فينتهي التحريم، ومن أنها في حكم المعتدة؛ لأن الطلاق يقتضي وجوب الاعتداد، ولا يزول ذلك، إلا بانقضاء المدة، ولأن هذا أقرب إلى زمان الروحية من زمان العدة، فيثبت التحريم بطريق أولى.

واعلم أن المصنف، في الفتوى بعدم التحريم في الوفاة المجهولة، واستشكل هنا، لأن المدة بعد الوفاة المجهولة لا تعد عدة بحال من الأحوال، وفي المستراية يتحقق الشروع في العدة بالأشهر، ثم تبيّن بطلان ذلك بحصول الحيض، ويعين الاعتداد بالاقراء، وصار ما قبل الحيض وما بعده محسوباً معها، فلما تأخر الحيض وجب التريص مدة الحمل ثم الاعتداد، فظهر أن تلك المدة أقرب إلى العدة من المدة بعد الوفاة المجهولة، وفي الحكم عندي تردد، ولتحريم أحوط.

قوله: (الثالثة: لو زنا بذات بعل أو في عدة رجعية، حرمت عليه أبدأً، ولو لم تكن أحدهما لم تحرم، سواء كانت ذات عدة بائن أو لا وإن كانت مشهورة بالزنا).

أجمع الأصحاب على أن من زنا بذات بعل حرمت عليه مؤيداً، وقد روى محمد بن يعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، رفعه: «إن الرجل إذا تزوج المرأة وعلم أن لها زوجاً فرّق بينهما ولم تحل له أبدأً». وهو شامل لمحل النزاع؛ لأن ذلك شامل لما إذا دخل بها عالماً بأن لها زوجاً فإنه زان حينئذٍ، وإن احتمل اختصاص الحكم بحال العقد دون مطلق الزنا.

وذاات العدة الرجعية زوجة بحلاف ابائهن، فهو ربا بذات العدة البائس لم تحرم عليه؛ للأصل، واختصاص النص بها اذا عقد عليها^(١)

وأشار بقوله، (وإن كانت مشهورة بالربا) إلى رد قول المفيد^(٢)، والشيخ في النهاية^(٣)، واتباعهما^(٤)، فإنهم قالوا، إن من فحّر بامرأة وهي غير ذات بعل لم يكن له العقد عليها إلا اذا ظهر منها التوبة والاقلاع.

واعتبر في النهاية في توبتها أن يدعوها إلى لزبا فلا تجيبه، والأصح مختار المصنف، للأصل، ولما رواه الحلبي في الصحيح، قال أبو عبد الله عليه السلام: «أيما رجل فجر بامرأه حراماً، ثم بدا له أن يتزوجها، قال: أوله سفاح وآخره نكاح، ممثله كمثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها ثم اشتراها بعدة فكانت له حلالاً»^(٥). احتجوا بها رواه أبو بصير، قال سأسه عن رجل فجر بامرأه ثم أراد بعد أن يتزوجها، قال: «إذا تابعت حل له نكاحها». فت: كيف تعرف توبتها؟ قال «يدعوها إلى ما كان عليه من الحرام، فإن امتنعت واستعمرت ربا عرف توبتها»^(٦)، وفي معابها رواية عمار الساهطي عن الصادق عليه السلام^(٧).

أجاب في المختلف بالطعن في سند الروايتين، مع أن رواية أبي بصير غير مسندة إلى امام وبالحمل على الكراهية، دل مع أن في مضمونها اشكالا^(٨).

(١) بقره ٢٢٥

(٢) مجمع، ٧٧

(٣) بقره ٤٥٨

(٤) منهم أبو صلاح الحلي في الكافي في عدة ٢٨٦، وفي الدرر في الذهب ٢ ١٨٨

(٥) الكافي ٣٥٦: ٥ حديث ٢، تهذيب ٣٢٧٧ حديث ١٣٤٥

(٦) لقيه ٢٦٤: ٢ حديث ١٢٥٧، التهذيب ٣٢٧٧ حديث ١٣٤٨، لاستبصار ١٦٨: ٣ حديث ٦١٤

(٧) الكافي ٣٥٥: ٥ حديث ١، التهذيب ٣٢٨٧ حديث ١٣٤٩، لاستبصار ١٦٨: ٣ حديث ٦١٥

(٨) المختلف ٥٢٧

ولو أصرت امرأته على الزنا فالأصح أنها لا تحرم.
وهل الأمة الموطوءة كذات البعل؟ نظر.

قلت: لعل الاشكال من جهته أن دعائه إياها إلى الحرام يتضمن اغرائها بالقبیح، وهو محرم.

قوله: (ولو أصرت امرأته على الزنا فالأصح أنها لا تحرم).

ذهب المفيد^١ وسائر^٢ إلى أن من أصرت زوجها والعياد بالله على الزنا حرمت عليه؛ لأن أعظم فوائد النكاح التنازل، والعرض من شرعية الحد والرجم للزاني حفظ الأنساب عن الاختلاط، وهذا المحذور قائم مع إصرار الزوجة على الزنا وجوابه: إن الزاني لا نسب له ولا حرمة لمائه، والأصح عدم التحريم؛ لقوله عليه السلام: «لا يحرم الحرام الحلال»^٣ وما رواه عباد بن صهيب عن الصادق عليه السلام قال: «لا بأس بأن يمسك الرجل زوجته إذا رآها تزني إذا كانت تزني وإن لم يتم عليها الحد فليس عليه من أتمها شيء»^٤.

قوله: (وهل الأمة الموطوءة كذات البعل؟ نظر).

أي: هل الأمة الموطوءة بالملك كذات البعل في أنها تحرم مؤبداً على من ذنا بها؟ فيه نظر يشأ: من أصالة الحل وانتفاء النص، ومن أن الوطء بملك اليمين كالنكاح. ومن ثم تعلق به أحكام المصاهرة، ولاشتراكها في المعنى المقتضي لتحريم الزنا، وهو صيانة الأنساب عن الاختلاط.

والكل ضعيف، فإن المساواة في بعض الأحكام لا يقتضي المساواة في الجميع، والاشتراك في المعنى المقتضي لتحريم الزنا لا يقتضي التحريم المؤبد، والأصح عدم التحريم.

(١) القصة: ٧٧

(٢) المراسم: ١٤٩.

(٣) التهذيب ٢٨٢٧ حديث ١١٩٨، الاستبصار ١٦٥٣ حديث ٥٩٥، سنن البيهقي ١٦٩٠٧.

(٤) التهذيب ٣٣١٧ حديث ١٣٦٢

د: لو أوقب غلاماً أو رجلاً حياً أو ميتاً على اشكال، حرمت عليه أم الغلام أو الرجل واخته وبنته مؤبداً من النسب، وفي الرضاع والفاعل الصغير اشكال.

قوله: (الرابعة: لو أوقب غلاماً أو رجلاً حياً أو ميتاً على اشكال، حرم عليه أم الغلام أو الرجل وبنته واخته مؤبداً من النسب، وفي الرضاع والفاعل الصغير اشكال).

أطبق الأصحاب على أن من لاط بغلام أو رجلاً فأوقبه حرمت عليه أم الغلام واخته وبنته، والأصل في ذلك ما رواه ابن أبي عمير في الصحيح عن رجل عن الصادق عليه السلام في الرجل يلعب بالغلام قال: «إذا أوقب حرم عليه اخته وبنته»^(١).

وروى إبراهيم بن عمير عن الصادق عليه السلام: في رجل لعب بغلام هل تحمل له أمه؟ قال: «إن كان قد ثقب فلا»^(٢)، ولأنه يصدق أنها بنت من وطأه وأمه، فحرمتا عليه كالانثى، وهنا مسألتان.

الأولى: لا خلاف في تعلق التحريم بالفعل المذكور إذا كان المفعول به حياً، أما الميت ففيه اشكال ينشأ من عموم النص الصادق على الميت، ومن خروجه بالموت عن كونه مشتهى طبعاً وتعلق أحكام الأحياء به، ومن أن المتبادر إلى الفهم من النص إنها هو الحي دون الميت، والتحريم ليس بهيئ.

الثانية: هل الأم والأخت والبنات من الرضاع كاللآقي من النسب في التحريم؟ فيه اشكال ينشأ من أن صدق الأم والبنات والأخت عليهن إنها هو بطريق المجاز؛ لأن الحقيقة إنها هي مع الولادة، فلا يتناولن النص الوارد بالتحريم^(٣).

(١) الكافي ٥: ٤١٧، حديث ٢، التهذيب ٧: ٣١٠، حيث ١٢٨٦.

(٢) التهذيب ٧: ٣١٠، حديث ١٢٨٧.

(٣) المصدرين السابقين.

ويتعدى التحريم إلى الجدات وبنات الأولاد، دون بنت الأخت.
ولو سبق العقد لم يحرم، وكذا دون الإيقاب لا يحرم.

ومن عموم قوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١) مع
امكان ادعاء الحقيقة؛ لأنه سبحانه سُمي المرضعة أمًا، والأصل في الاستعمال الحقيقة.
وكيف كان فالتحريم أقوى؛ لعموم الأحاديث في الرضاع.

وكذا الاشكال لو كان الفاعل صغيرًا، ومنشؤه: من أن التحريم الوارد في
النص دليل على أن هذا الحكم إنما هو في البالغ، لا متنازع تعلق التحريم بالصبي، ومن
أن النص خرج مخرج الغالب؛ لأن هذا الفعل إنما يقع غالبًا من البالغ.

ولأنه بعد البلوغ يصدق عليه أنه رجل، وقب غلامًا فيتعلق به التحريم؛ لعموم
النص^(٢) لمن تقدم إيقابه على البلوغ ومن تأخر عنه، وحديثه فيكون الحكم بالتحريم
قبل البلوغ متعلقًا بالولي ولأن أحكام المصاهرة لا يفرق فيها بين البالغ والصبي،
والفرد النادر يلحق بالأعم الغالب، والتحريم أقوى.

قوله: (ويتعدى التحريم إلى الجدات وبنات الأولاد دون بنت
الأخت).

أي: يتعدى التحريم على الفاعل إلى جذات المفعول وإن بعدن، لأب كن أو
لأم؛ لصدق الأم على كل منهن، وكأن هذا الحكم متفق عليه بين الأصحاب، وكذا
القول في بنات أولاده، سواء بنات الذكور أو الإناث، أما بنت الأخت فلا؛ للأصل؛
ولأن اسم الأخت لا يقع عليها بحال من الأحوال.

قوله: (ولو سبق العقد لم يحرم، وكذا دون الإيقاب).

أما إذا سبق العقد فلقولهم عليهم السلام: «لا يحرم الحرام الحلال»^(٣)، وأما إذا

(١) الفقيه ٣: ٢٠٥ حديث ١٤٦٧، سنن بن ماجه ١: ٢٢٣ حديث ١٩٣٧

(٢) الكافي ٤: ١١٧٠٥ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٦٠٠ حديث ١٢٨٦.

(٣) التهذيب ٧: ٢٨٣٧ حديث ١١٩٨، الاستبصار ٣: ١٦٥٠ حديث ٥٩٥، سنن البيهقي ٧: ١٦٩٧.

ولو أوقب خنثى مشكل أو أوقب فالأقرب عدم التحريم،

لم يوقب فلمعهوم قوله عليه السلام «اد، أوقب حرم عليه اخته وابنته»^(١). وكذا في الحديث الآخر^(٢)، وقد تقدما، وللأصل.

فسرع: لو أوقب ثم طلق إحدى الثلاث فهل يجوز تحديد النكاح؟ فيه تردد. قوله: (ولو أوقب خنثى مشكل أو أوقب فالأقرب عدم التحريم). أي: لو أوقب خنثى مشكل ذكراً أو أوقب أي: أوقبه ذكر فالأقرب عند المصنف عدم التحريم.

ودرجه القرب إن السبب المقتضي للتحريم هو إيقاب الذكر ذكراً، والذكورية مشكوك فيها في صورتين: **والأشك في السبب يقتضي الإشك في المسبب** فيستفي التحريم: نمسكاً بأصالة الاباحة. ومحتمل التحريم: للاحتياط، ولأن ذلك يجري مجرى اشتباه المحرم بالأجنبية، ولأن المحرم يغلب الحلال عند التعارض. وفيه ضعف؛ لأن الاحتياط لا يجب المصير إليه.

والفرق بين هذا وبين اشتباه المحرم بالأجنبية وجود من يقطع بتحريم نكاحه في الثاني، بخلاف ما نحن فيه، واغلبية المحرم الحلال دائرة مع تحقق المحرم، والأقرب ما قرره المصنف. وأعلم أن شيخنا الشهيد ذكر هنا بحثين:

الأول: إنه ينبغي الجزم بتحريم الأم والبنت إذا كان مفعولاً؛ لأن التحريم فيها لازم على تقدير ذكوريته وأبويته، فيكون الاشكال في الاخت لا غير على القول بنشر الزنا، وفيه نظر؛ لأن مناط هذا البحث هو الإيقاب الذي هو اعم من ادخال الحشفة، والتحريم به للام والبنت إنما هو في الذكر دون الانثى.

(١) انكاي ٤١٧:٥ حديث ٢، التهذيب ٣١٠:٧ حديث ١٢٨٦

(٢) التهذيب ٣١٠:٧ حديث ١٢٨٧.

نعم، لو بلغ بالأيقاب ادخال الحشفة ثم مذكوره، فما أورده غير وارد نعم ينبغي أن يفصل في هذا المقام بأن تعيب الحشفة في دبر الخنثى يقتضي تحريم الام والبنات عند من ينشر المحرمة بالرنا، وبدونه الأقرب عدم التحريم.

الثاني. من الاشكال هنا غير وارد أصلاً، سواء كان فاعلاً أو مفعولاً، لأن لبحث إمام مع بقاء الاشتباه أو مع رواله، فإن كان فاعلاً فمع الاشتباه يحرم عليه جميع بنات آدم ويحرم على رجالهم؛ لا بشرائط لتزويج يتحقق الذكورة والانوثة.

ومع الوصوح اظهر، لأنه، ن كان كفاعلاً فظهرت الذكورة يتحقق الحكم بالتحريم، وإلا تحقق عدمه، وإن كان مفعولاً فمع الذكورة ثبت التحريم على الفاعل، وبدونه يختلف في الاحتية، فلا يتأتى الاشكال هنا أصلاً، إلا على تقدير الحكم بجواز تزويج الخنثى المشكل.

قال: وفي الارث في قولهم اد كان زوجاً أو زوجة، اشعار بجوازه.

قلت: لا ريب أن المصنف لا يريد بها ذكره ما اذا وصح الحال، بل حيث يكون الاشتباه حاصلاً.

ولا يرد عليه ما أورده إذا كان مفعولاً؛ لأن تحريم أمه واخته وابنته على تقدير عدم ادخال الحشفة محتمل، نظراً إلى أن الخنثى مأخوذ فيه بأحوط الأمرين، ولهذا حكم بتحريم النظر إليه على الرجال والنساء. وهذا وإن كان محتملاً إلا أنه ضعيف؛ لأن حل النظر وما جرى مجراه ليس له أصل يتمسك فيه، بخلاف أم الخنثى وابنته واخته؛ لأن الأصل فيهن الحل، فلا ينتقل عنه بمجرد الاحتمال.

نعم، ما أورده على تقدير كونه فاعلاً وارد، ولك أن تقول، ما أورده على هذا التقدير أيضاً غير وارد؛ لأن البحث في ثبوت التحريم بهذا الفعل وهو غير معلوم؛ للشك في سببه.

والتحريم المحكوم بشبهوته هو التحريم بسبب اشتباه ذكوريته وانوثيرته،

وحدّ الايقاب ادخال بعض الحشفة ولو قليلاً.

أما الغسل فإنها يجب بغيبوبة الجميع، ولا يحرم على المفعول بسببه شيء.

هـ: لو عقد المحرم فرضاً أو نفلاً احرام حج أو عمرة بعد افساده

وأحدهما غير الآخر، لكن جدوى ذلك قليلة، لأن التحريم مستند إلى الاشتباه، وإذا زال اتضح الحال بالنسبة إلى ما نحر فيه أيضاً.

قوله: (وحدّ الايقاب ادخال بعض الحشفة ولو قليلاً، أما الغسل فإنها يجب بغيبوبة الجميع).

وقب الشيء يقب وقياً أي دخل، ووقب الشمس وقياً ووقوباً غابت، والعمر دخل في الكسوف، ووقب الظلام دخل.

والحاصل: إن الايقاب دائر مع الادخال، وهو متحقق في ادخال بعض الحشفة. بحلاف الفسل، فإنها يثبت مع تعييبها، وقد نصّ على ذلك ابن ادريس^(١)، وكذا الدخول بالمرأة قبلاً أو دبراً إنما يتحقق مع تعييبها.

قوله: (ولا يحرم على المفعول بسببه شيء).

أي: فلا يحرم عليه أم اللاتط ولا بنته ولا اخته عند جميع علمائنا؛ للأصل، ولقوله تعالى: ﴿واحل لكم ما وراء ذلكم﴾^(٢) مع استثناء المعارض، وعن أحمد رواية أنه يحرم على الغلام أم اللاتط وبنته^(٣).

قوله: (الخامسة: لو عقد المحرم - فرضاً أو نفلاً، احرام حج أو عمرة،

(١) انسراثر: ٢٨٧

(٢) النساء: ٢٤

(٣) نظراً: المفتي لابن قدامة ٧: ٤٨٤، الشرح الكبير ٧: ٤٨٢

ولا تحرم الزوجة بوطنها في الاحرام مطلقاً.
و: المطلقة تسعاً للعدة ينكحها بينها رجلان تحرم مؤبداً، ولا يشترط التوالي، فلو تخلل التسع طلاقات للسنة وكملت التسع للعدة حرمت ابدأً.

قال المصنف في المختلف: ولدي بلغ في هذا الباب ما رواه زرارة عن الصادق عليه السلام. «والمحرم اذا تزوج وهو يعلم أنه حرام عليه لا يحل له أبداً»^(١)، قال: ومقتضى هذه الرواية التحريم مع العلم سواء دخل أو لا، وعدمه مع الجهل سواء دخل أو لا عملاً بالمفهوم، هذا كلامه^(٢)، وهو صحيح في موضعه.

وصحف دلالة المفهوم غير قاضٍ لا اعتيادها بالأصل، على أنها لو لم يعتبر هنا لزم الحكم بالتحريم المؤبد على كل حال مع العلم بالجهل، ومع الدخول وعدمه، إلا أن يقال. انتفاء التحريم مع الجهل وعدم الدخول بالاجماع، والأصح مختار المصنف.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا فرق بين أن يكون الاحرام فرضاً أو مطلقاً، بهنج أو عمرة، لنفسه ولغيره، أفسده أو لا؛ لاطلاق النص^(٣)

قوله: (ولا تحرم الزوجة بوطنها في الاحرام مطلقاً)

أراد بالاطلاق ما يعم الأحوال من علمه بالتحريم وعدمه، والدخول وعدمه، وكون الاحرام فرضاً أو مطلقاً إلى آخره. دليل ذلك قبل الاجماع أصالة عدم التحريم، وانتفاء المعارض.

قوله: (السادسة: المطلقة تسعاً للعدة ينكحها بينها رجلان تحرم مؤبداً، ولا يشترط التوالي، فلو تخلل التسع طلاقات للسنة وكملت التسع

(١) المختلف: ٥٣٣

(٢) الكافي ٤٢٦: ٥ حديث ١، التهذيب ٣٠٥: ٧ حديث ١٢٧٢

(٣) الكافي ٤٢٦: ٥ حديث ١، التهذيب ٣٠٥: ٧ حديث ١٢٧٢.

وفي الأمة اشكال، أقرببه التحريم في التسع إذا نكحها بعد كل طلقين رجل.

للعدة حرمت أهدأ، وفي الأمة اشكال، أقرببه التحريم في التسع إذا نكحها بعد كل طلقين رجل).

اتفق أصحابنا على أن المطلقه تسعاً للعدة نحرّم على زوجها مؤبداً، وبذلك وردت الأخبار عن أهل البيت عليهم السلام^(١).

والمراد بذلك أن يطلقها على اشرائط ثم يراجعها في العدة ويطلق، ثم يطلق في طهر آخر، ثم يراجع في العدة ويطلق، ثم يطلق الثالثة فيسكنها بعد عدتها زوج آخر، ثم يعارقه بعد أن يطأها ويترزّحها الأول بعد العدة، ويعمل كما فعل أولاً فيسكنها زوجاً غيره بعد انقضاء عدتها من التطليقة الثالثة ويطلق، فترزّحها الأول بعد معرفة هذا الزوج لها وانقضاء عدتها منه، ويعمل كما فعل أولاً وثانياً.

فحينئذ يتحقق كونها مطلقة تسعاً للعدة، يسكنها بين رجلين فتحرّم مؤبداً. إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا يشترط التوالي في تطليقات العدة ليثبت التحريم المؤبد؛ لانتفاء الدليل الدال على ذلك، فإن كلام الأصحاب ونصوصهم بذلك مطلقة خالية من هذا القيد، فلو تخلل التسع للعدة طلاقات للسنة، فإنها بعد استكمال التسع للعدة تحرّم مؤبداً، وإنما عبر المصنف بالطلاقات جمعاً ولم يذكر تخلل الطلقة الواحدة؛ لأن الطلقة الثالثة لا تكون إلا للسنة، وإنما يجعل في حكم العدة إذا كانت الأوليان للعدة على ما سيأتي في كلامه إن شاء الله تعالى.

فمثنى وقعت الأولى أو الثانية للسنة لم تكن الثانية للعدة، فلا يتصور تخلل طلقة واحدة للسنة، هذا حكم الحرة أما الأمة ففي حكمها اشكال ينشأ من تعدد الاحتمالات، وتعارض الامارات.

وتحقيق ذلك أن النص ورد بأن من يطلق امرأته تسعاً للعدة ينكحها بيها رجلان حرمت عليه مؤبداً^(١)، وهذا إنما يكون في الحرة؛ لأن الافتقار إلى المحلل بعد الثلاث إنما يكون في الحرة، فيحتمل في الأمة التحريم مؤبداً بالست؛ لأن كل طلقين في الأمة بعترة الثلاث في الحرة، ولأنه أحوط، ولأن نكاح رجلين المعتبر بين التسع في الحرة يتحقق بين الست في الأمة.

ويحتمل اعتبار التسع فيها كالحرة بطريق أولي، ولأنها إذا طلقت تسعاً ينكحها بعد كل طلقين رجل، صدق أنه ينكحها بين التسع رجلان، فإن نكاح أكثر من رجلين لها لا ينعى صدق نكاح رجلين إياها.

ويحتمل عدم التحريم أصلاً؛ لأن ظاهر النص أن مورد الحرة، فينسك في الأمة بأصالة بقاء الحل، ولأن شرط التحريم أمر، التسع، ونكاح رجلين بيها، والتسع في الأمة ينكحها بيها أربعة رجال.

لا يقال: إذا نكحها أربعة فقد نكحها اثنا، فلا ينعى الصدق

لأننا نقول: المتبادر نكاح رجلين خاصة، فعمل احتيال التسع - وهو مقرب المصنف هنا - يحتمل اعتبار التسع للعدة حقيقة، على خلاف حكم الحرة؛ لأن التسع فيها إنما يقع منها ست للعدة وثلاث للسنة، وإطلاق اسم العدة عليها محاز تسميته للجميع باسم الأكثر

أو من باب المجاورة، والمجاز لا يطرد، فيعتبر في التسع للعدة في الأمة الحقيقة، ولا يتحقق إلا بشأني عشرة تطلقة، إذ لا تكون السابعة عشرة للعدة إلا إذا رجع في العدة ووطأ، ولا تتحقق البينة بعده بعير طلاق، إذ يبعد حصول التحريم بالوطء بعد الرجوع.

تنبيه: اطلاق الأصحاب كون التسع للعدة مجازاً لأن الثالثة من كل ثلاث ليست منها بل هي تابعة للأولين، فلو وقعت الثانية للسنة فالذي للعدة الأولى لا غير، ولو كانت الأولى فكذلك على الأقوى.

ويحتمل الاكتفاء بالتسع، لأن النص "غير مقيد بالحرة، والمجاز لا بد من ارتكابه، فيكون فيها أربع للعدة وخمس للسنة، وأما في هذه والثانية من المتوقفين قوله: (تنبيه: اطلاق الأصحاب كون التسع للعدة مجازاً لأن الثالثة من كل ثلاث ليست منها، بل هي تابعة للأولتين، فلو وقعت الثانية للسنة فالذي للعدة الأولى لا غير، ولو كانت الأولى فكذلك على الأقوى).
يقع المصنف رحمه الله هذا المبحث بأنه ليس المراد من كون التسع تطبيقات للعدة المحققة؛ لاصح كون التسع للعدة إذا تحللها نكاح رجلين فقط كما هو واضح، فيتعين إرادة المجاز باطلاق اسم طلاق لعدة هما على إطلاق السنة ولا ريب أن هذا الاطلاق المجازي يحتمل نوعين من أنواع المجاز: أحدهما المجاز للمعاورة، وثانيها تسمية الكل باسم أكثر اجراء.

ويتفرع على هذا مسألتان

الأولى: لو طلق الأولى للعدة و ثمانية للسنة فلا ريب في انتفاء اسم العدة عن الثالثة؛ لانتهاء كل من المعيين الدين هما علاقة التجوز هنا.

الثانية: لو كانت الأولى للسنة و ثمانية للعدة فهل الثالثة للعدة؟ فيه احتمالان: أحدهما، نعم؛ لأن المعنى الأول موجود هنا، فيتحقق الصديق مجازاً، بناء على أن ذلك المعنى هو علاقة التجوز هنا.

وثانيها - وهو الأقوى عند مصنف وعليه الفتوى - لا؛ لأن تسمية الطلقة

أما الأمة فإن قلنا بتحريمها في الست فالأقوى تبعية الثانية للأولى.
 ز: من فجر بعمته أو خالته، قربنا أو بعدنا، حرمت عليه بنتاها أبداً.
 ولو وطأ لشبهة فالأقرب عدم التحريم، ولو سبق العقد الزنا فلا تحريم،

لغيرها على خلاف الأصل، من حيث أنه محار ومن جهة استلزامه التحريم المؤبد،
 فيقتصر فيه على مورد النص، فإن من خواص المجاز عدم الاطراد، ولا يمكن أن
 يكون علاقة التجوز هو المعنى الثاني.

قوله: (أما الأمة، فإن قلنا بتحريمها في الست فالأقوى تبعية الثانية
 للأولى).

مقصود العبارة أن كونه الأقوى اعتبار تبعية الثالثة في صدق كونها للمعدة
 للأولتين إذا كانتا للمعدة دون الثامنة إذا كانت هي خاصة للمعدة، إنما هو في الحرة خاصة
 دون الأمة لو قلنا بتحريمها في الست، فهنا يحكم بتبعية الثانية للأولى لعلاقة
 المجاورة؛ لانتفاء علاقة الاكترية، فإن ذلك في الأمة ممتنع، لافتقارها إلى المحلل بعد
 كل تطليقتين.

ويحتمل على هذا القول اعتبار اثني عشرة تطليقة فيها، إذ لا يلزم من انتفاء
 إحدى علاقتي التجوز وجوب اعتبار الأخرى، إذ لا دليل على وجوب ارتكاب المجاز
 هنا، والأصل الحقيقة، فلا يعدل عنه إلا لدليل.
 ولا يخفى أن هذين الاحتمالين يتأثران على مقرب المصنف أيضاً، وهو تحريم
 الأمة بالتسع كالحرة.

قوله: (السابعة: من فجر بعمته أو خالته، قربنا أو بعدنا، حرمت
 عليه بنتاها أبداً، ولو وطأ بشبهة فالأقرب عدم التحريم).

أطبق أكثر الأصحاب على أن من ربي بعمته أو خالته حرمت عليه ابنتاها
 مؤبداً، وقد رواه أبو أيوب عن الصادق عليه السلام قال: سأله محمد بن مسلم وأنا

جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ثم ارتدع أيتروج انتهت؟ قال: «لا» قال. إنه لم يكن أفضى إليها إنما كان شيء دون ذلك، قال «كذب»^(١). وهذه الرواية إنما تضمنت حكم الحالة.

وأما العمة فذكرها الأصحاب، ولم يصرح أحد منهم بمخالفته في ذلك إلا ابن ادریس، فإن كلامه يشعر بتوقعه في التحريم فإنه قال: إن كان على المسألة إجماع فهو الدليل، ثم قال ما حاصله. إن الإجماع لا يتحقق بقول جماعة عرفت أسماؤهم وأسابيهم، فإن حجبة الإجماع إما هي بدخول المعصوم، ولا يتحقق دخوله على الوجه المذكور^(٢).

قال المصنف في المختلف: ولا بأس بالتوقف في هذه المسألة^(٣). وما ذكره عجيب فإنه ذهب في المختلف إلى أن الزنا ينشر حرمة المصاهرة^(٤). وذلك في العمة والحالة أولى، لأن ذلك أفحش، والمختار التحريم لما سبق من أن الزنا مطلقاً ينشر ويزيد عليه عدم وجود مخالف من الأصحاب، فلا أقل من أن يكون ذلك إجماعاً سكوبياً، ولا يضر توقف ابن ادریس لعلمه باسمه ونسبه، وللرواية المذكورة، فإنها متقوية ومحصرة بعمل أكثر الأصحاب، واشتغالها في المذهب، وعدم وجود المعارض، وهي وإن لم تتضمن سوى الحالة إلا أنه ليس في الأصحاب من فرق بينهما. ولا فرق بين كون العمة والحالة قريبتين أو بعيدتين؛ لا إطلاق كلام الأصحاب^(٥)، والرواية^(٦)، ولما سبق من أن الزنا ينشر حرمة المصاهرة مطلقاً.

(١) التهذيب ٧، ٣١١ حديث ١٢٩١

(٢) السرائر ٢٨٨

(٣) المختلف، ٥٢٥

(٤) المختلف، ٥٢٢

(٥) التهذيب ٧، ٣١٣ حديث ١٢٩١.

(٦) مهم الشيخ المعيد في المقنعة ٧٧، وانسید مرتضیٰ في الانتصار ١٠٨، والشيخ الطوسي في النهاية

وفي بنتيها مجازاً أو رضاعاً اشكال.

إذا عرفت ذلك، فهذا حكم ما د كان لوطاً بالزنا، فلو وطأ بالشبهة فالأقرب عند المصنف عدم التحريم، وذلك بناءً منه على أن الوطء بالشبهة مطلقاً لا ينشر الحرمة.

أما على القول بأنه ينشر فالتحريم هنا بطريق أولى، نظراً إلى شدة الفحش، وورود النص على التحريم بالزنا.

ووجه القرب أصالة الحل، وانتفاء المقتضي للتحريم على ذلك التقدير. والنص إنما ورد على الرأى فيقتصر على مرده، وبحمل التحريم حيثئذ: لأن الرأى إذا قام مقام النكاح الصحيح في تحريم المصاهرة فالشبهة بطريق أولى، لأنه أقرب إلى النكاح الصحيح من الزنا، فهو أحرم من المصاهرة وهذا كله بناء على عدم ثبوت حرمة المصاهرة بمطلق وطء الشبهة، ونحن لا نقول به، فالمختار حسن التحريم بالشبهة هنا.

ولا يحصى أن ذلك إنما هو إذا تعمم المدحور على النكاح، أما إذا تقدم النكاح الصحيح فإنه لا يفسد بذلك، لأن الحرام لا يفسد الحلال كما ورد في عدة أخبار^(١) قوله: (وفي بنتيها مجازاً أو رضاعاً اشكال).

المراد بـ (بنتيها مجازاً) هنا: هو بنتيها وإن نزلنا.

وأشار بقوله. (مجازاً) إلى أن الاشكال إنما يجرى على القول بأن بنت البنت بنت مجازاً، أما على القول بأنها بنت حقيقة فلا شبهة في تحريمها مؤبداً كالبنيتين للصلب.

ومنشأ الاشكال: من وقوع اسم البنت على بنت البنت في الجملة، ولمشاركتهما لبنت الصلب في المقتضي لتحريم هذا العمل الصالح إياها مؤبداً، ومن عدم

(١) الكافي ٥: ٤١٥ حديث ٦٤١، التهذيب ٧: ٢٢٠ حديث ١٢٥٨

ح: لا يحل وطء الزوجة الصغيرة قبل أن تبلغ تسعاً، فإن فعل لم تحرم على الأصح إلا مع الافضاء،

اندراجها في النص وكلام الأصحاب، ولأصل الاباحة. وهذا إنما هو على القول بأن مطلق الرضا لا ينشر حرمة المصاهرة، أما على القول به كما اختزنه فلا بحث في التحريم هنا، وبدونه الاشكال قائم.

وأما بحثها من الرضاع فمستألاً الاشكال فيها: من أن الرضاع يحرم منه ما يحرم من السبب كما سبق غير مرة. ومن عدم تناول النص وكلام الأصحاب للثبت من الرضاع، ولأصل الاباحة. والأصح هنا التحريم؛ لعموم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١).

قوله: (الثامنة: لا يحل وطء الزوجة الصغيرة قبل أن تبلغ تسعاً، فإن فعل لم تحرم على الأصح إلا مع الافضاء)

لا خلاف في أنه لا يحل الدخول بالزوجة حتى تبلغ تسع سنين، فإن أقدم على ذلك لم تحرم على أصح القولين إلا مع الافضاء.

قال الشيخ في النهاية: إما تحرم بالدخول مؤبداً^(٢)؛ لمرسلة يعقوب بن يزيد عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال: «إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فرّق بينها ولا تحل له أبداً»^(٣).

والأصح الأول اقتصاراً في التحريم المؤبد على موضع الوفاق، والرواية مرسلة

(١) الكافي ٥: ٤٤٢، حديث ٩، الفقيه ٣: ٣٠٥، حديث ١٤٦٧، سنن أبي ماجه ١: ٦٢٣، حديث ١٩٣٧.

(٢) النهاية: ٤٥٣.

(٣) الكافي ٥: ٤٢٩، حديث ١٢، التهذيب ٧: ٣١١، حديث ١٢٩٢، الاستبصار ٤: ٢٩٥، حديث ١١١١.

وهو صيرورة مسلك البول والحيض واحداً، أو مسلك الحيض والغائط على رأي، فتحرم مؤبداً.

قيل: ولا تخرج من حباله، وفيه نظر.

فلا تنهض حجة على الإطلاق. أما مع الإقصاء فلا بحث في التحريم.

قال المصنف في المختلف: أطلق الشيخ في النهاية مشكل والظاهر أن مراده ذلك^(١)، يريد به احتصاص التحريم بالامتناع.

قوله: (وهو صيرورة مسلك البول والحيض واحداً أو مسلك الغائط والحيض على رأي).

المشهور أن الإقصاء هو صيرورة مسلك البول والحيض واحداً بدهاب الحاجز بينهما، ونقل المصنف قولاً آخرأ، وهو صيرورة مسلك الغائط والحيض واحداً، وهذه ظاهرة لشدة بُعد ما بين المسلكين وقوة الحاجز بينهما، فلا يكاد يتفق زواله بالجماع. والأول أصح، وسيأتي إن شاء الله تعالى لذلك مزيد تحقيق في الديات.

قوله: (فتحرم مؤبداً، قيل: ولا تخرج من حباله، وفيه نظر).

قد قررنا أنه إذا تحقق الإقصاء حرمت الزوجة مؤبداً، وعلى هذا فهل تخرج من حباله، أي: تبين منه وينفسخ نكاحها، أم تبقى على الروحية مع التحريم المؤبد؟ فيه قولان:

أحدهما - واختاره ابن ادريس^(٢) - أنها لا تخرج من حباله استصحاباً للنكاح، ولا منافية بين التحريم وبينه، لرواية يزيد العجلي عن الباقر عليه السلام: في رجل افتض جارية يعني امرأته - فأفضاها، قال: «عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلع

(١) المختلف: ٥٢٥

(٢) أسرار: ٢٨٨.

ويجب عليه الانفاق عليها، إلا أن يموت أحدهما وإن طلقها وتزوجت بغيره على أشكال.

تسع سنين»، قال أمسكها ولم يطبقها فلا شيء عليه وإن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه إن شاء أمسك وإن شاء طلق^(١)

دل على أن له أمسكها وتطبيقها لقوله: «فإن أمسكها ولم يطلقها»، وذلك يفتضي بقاء النكاح وطعن المصنف في هذا لقول بقوله (وفيه نظر) ووجهه، أن التحريم المؤبد يساوي مفضي النكاح، بدتمرنه حكم الاستمتاع، ولأن التحريم المؤبد يمسح النكاح سابقاً فيبطله لاحقاً، كالزواج واللعان والقذف للزوجة الصماء

وثاسهما - واحتاره ابن حمزة - أنها تبيح عند بذلك^(٢)، وهو الظاهر من كلام الشيخ في النهاية^(٣) ويدل عليه قوله عنه السلام في الرواية الأولى «فرق بينها ولم تحمل له أبداً»، وتوقف المصنف في المحصف لعدم الظن بقاطع من الحايين^(٤).

وقول ابن حمزة ليس بهيئ، والتوقف طريق السلامة قوله: (ويجب عليه الانفاق عليها إلى أن يموت أحدهما وإن طلقها وتزوجت بغيره على أشكال)

من أحكام المعصاة وحوب الانفاق عليها إلى أن يموت أحدهما، والأصل فيه ما رواه الحلبي عن الصادق عنه السلام قال: سألت عن رجل تزوج جارية فوقع بها فأفضاها، قال: «عليه الاجراء عليها ما دمت حية»^(٥).

وهذا الحكم لا كلام فيه إذا لم يتزوج، فإن طلقها بناء على عدم خروجها من

(١) الكافي ٧/ ٣١٤ حديث ١٨، التهذيب ١٠/ ٢٤٩ حديث ٩٨٤، الاستبصار ٤/ ٢٩٤ حديث ١١٠٩

(٢) الوسيلة: ٣٤٣

(٣) النهاية: ٤٥٣

(٤) المحتف: ٥٢٥

(٥) المعية ٤/ ١٠١ حديث ٣٢٨، التهذيب ١٠/ ٢٤٩ حديث ٩٨٥، الاستبصار ٤/ ٢٩٤

وهل تثبت هذه الأحكام في لأجنبية؟ الأقرب نعم، وفي النفقة اشكال.

حياله بالافضاء فتروحت بغيره، ففي وجوب الاتفاق شكل ينشأ من عموم الرواية، فإن (ما) من أدوات العموم فيعم ما إذا تزوجت. ومن أن الظاهر أن اجراء النفقة عليها إما وحب؛ لأنها بالافضاء خرجت عن أن يرغب فيها الأزواج، فأوجب الشارع على المقتضي، المقة ارتفاقاً بحالها، فإذا تزوجت امتنّى المقتضي للاتفاق، ولأن نفقة امرأة لا تحب على اثنين. ولا يحتمل أن الوجه الثاني مشتمل على تحصيل لص غير دليل مخصص، وهو باطل. والذي يجب أن يقال إن الرواية إن كانت معتبرة وحب العمل بظاهرها، فلا يسقط وجوب الاتفاق بالتزويج.

قوله: (وهل تثبت هذه الأحكام في الأجنبية؟ الأقرب نعم، وفي النفقة اشكال).

أي: هل تثبت الأحكام المذكورة - وهي: التحريم المؤبد، ووجوب الاتفاق إلى أن يموت احدهما، واحتمال السقوط لو تروحت - في الأجنبية إذا افضاها بوطنه إياها قبل البلوغ بزنا أو شبهة؟

ووجه القرب أن هذا الفعل حيث اقتضى لتحريم المؤبد في الزوجة ففي الأجنبية أولى؛ لأنه أفحش فيناسبه زيادة العقوبة، ولأن النكاح سبب لحل فيمتنع كونه سبباً للتحريم، وانحصر السبب في الصغيرة والافضاء بالوطء، وذلك قائم في محل النزاع.

ويقرب منه القول بوجوب الاتفاق دائماً، فإن المقتضي في الزوجة هو العقوبة بارتكاب الوطء المحرم، وهو في الأجنبية أفحش، ولحصول الضرر بعدم رغبة الأزواج فيها للافضاء. وعلى هذا فلو تزوجت وقلنا بوجوب الاتفاق، ففي بقاء الوطء وعدمه

وهل يشترط في التحريم المؤبد في طرف الأجنبي نقص السن عن تسع؟ فيه نظر ينشأ: من كون التحريم المؤبد مستنداً إلى تحريم الوطء في طرف الزوج، وهو هنا ثابت في التسع.

اشكال، ومقتضى كلام المصنف أن ما ثبت في الروجة ثبت هنا. ويحتمل عدم ثبوت شيء من هذه الأحكام هنا؛ لورود النص على الزوجة، وهذه الأحكام على خلاف الأصل، فيقتصر فيها على مورد النص؛ لأن القياس عندما باطل، وألحق في الخلاف بأعضاء الزوجة الانقسام بوطء الشبهة في التحريم ووجوب الاتفاق^(١)، ومنعه ابن ادريس^(٢).

والذي يقتضيه النظر: ثبوت التحريم المؤبد بأعضاء الأجنبية بزنا أو شبهة من باب مفهوم الموافقة، فإن وطء الروجة قبل البلوغ وإن حرم، إلا أن وطء الأجنبية أبلغ منه في التحريم وأعمش.

وأما بامي الأحكام فإن اثباتها مشكل، إذ لا دليل قوياً عليه. وهذا المعنى هو الذي حاوله المصنف بقوله: (وفي النفقة اشكال) بعد قوله: (وهل تثبت هذه الأحكام في الأجنبية؟ الأقرب نعم)، فإنه لا يراد بالأحكام إلا ما ذكرناه، فيكون قوله (وفي النفقة اشكال) كاستثناء مما قرره في الأحكام المذكورة.

قوله: (وهل يشترط في التحريم المؤبد في طرف الأجنبي نقص السن عن تسع؟ فيه نظر ينشأ: من كون التحريم المؤبد مستنداً إلى تحريم الوطء في طرف الزوج، وهو هنا ثابت في التسع).

أي: هل يشترط في ثبوت التحريم المؤبد لو وطأ أجنبي أجنبية فأفضاها في

(١) الخلاف ٣: ١٢ مسألة ٤١ كتاب النكاح.

(٢) السرائر: ٢٨٩.

والاشكال في الأجنبي قبل التسع أضعف.

والاقرب عدم تحريم الأمة، والمفضاة بالاصبع.

أقل من تسع سنين؟ فيه نظر يشأ: من أن التحريم المؤبد يستند إلى تحريم الوطء حينئذ، والتحريم ثابت في الأجنبية قبل لتسع وبمدها، فحينئذ تلخص كون عليّة التحريم المؤبد ترتب الاقصاء على لوطء المحرم، فيكون اقصاء الأجنبية بعد البلوغ بمنزلة اقصاء الزوجة قبله

وهذا إن تم فأما ثبت في لربا دون وطء الشبهة لا انتهاء التحريم فيه بعد تحقق البلوغ، ومن أن مورد النص هو لزوجة قبل بلوغ التسع، فإن ثبت اللاحاق اقصر فيه على ما قبل البلوغ لأن شرط مفهوم إترافقه تعقل إلهية قطعاً، ولعلم بشوها في المسكوت عنه.

ولا ريب أن الصغر حزه من العنة في المصوص، ولهذا لو كان وطء الزوجة بعد البلوغ لم يحرم بالاقصاء قطعاً، فكيف تحرم الأجنبية قبل البلوغ قوله: (والاشكال في الأجنبي قبل التسع أضعف)

لما كان الأقرب عدمه تحريم الأجنبية مؤبداً إذ اقصاها بالوطء قبل التسع، ظهر الاشكال أن تحريمها حينئذ أضعف من الاشكال في تحريمها بعد التسع.

فإن قيل: مع ترجيح أحد الطرفين لا يبقى شكال قلنا: إذا لم يكن الترجيح قطعاً يبقى أصل الاحتمال، فلا يمتنع معه اطلاق اسم الاشكال مجازاً ويمكن أن يكون المراد بالاشكال، هو الطرف الآخر، وهو عدم التحريم استعمالاً لاسم الكل في الجزء مجازاً.

قوله: (والأقرب عدم تحريم الأمة والمفضاة بالاصبع).

وجه القرب: أن التحريم حكم شرعي خصوصاً في الخروج، فيتوقف على ورود النص، ولا يخفى أن مورد النص هو الزوجة المفصاة بالوطء قبل البلوغ وذلك لا

ولو كان الافضاء بعد بلوغ الزوجة لم يكن على الزوج شيء إن كان بالوطء.

المقصد الثاني: في التحريم غير المؤبد، وفيه فصول:

الأول: في المصاهرة، وفيه مسائل:

أ: تحرم بنت الزوجة وإن نزلت إذا لم يكن قد دخل بالأم تحريم جمع، بمعنى أنه إذا أبان الأم بفسخ أو طلاق أو موت حلت له البنت، ومع الدخول تحرم بناتها وإن نزلن مؤبداً.

يتناول الأمة والمفضأة بالاصبع كما هو معلوم، ولا دليل يدل على لحاقها بالروحة، والقياس عندما باطل، فيتمسك قبيهاً بالأصل إلى حيث يثبت النافل ولا ريب أن الافضاء بالاصبع ليس أمحش من الوطء ويحتمل تحريمها بذلك، لأن الأمة كالروجة، والافضاء بالاصبع كالافضاء بالوطء، وضعفه ظاهر. قوله: (ولو كان الافضاء بعد بلوغ لزوجة لم يكن على الزوج شيء إن كان بالوطء).

لأن الوطء مآدون فيه شرعاً محلل حينئذ، فإذا حصل بسببه الافضاء لم يثبت على الزوج شيء من هذه الأحكام؛ لاسفاء الدليل، وسيأتي لهذه المسألة مزيد تحقق في باب الجنائيات إن شاء الله تعالى.

قوله: (المقصد الثاني: في التحريم غير المؤبد، وفيه فصول: الأول: في المصاهرة، وفيه مسائل: الأولى: تحرم بنت الزوجة وإن نزلت إذا لم يكن قد دخل بالأم تحريم جمع، بمعنى أنه إذا أبان الأم بفسخ أو طلاق أو موت حلت له البنت، ومع الدخول تحرم بناتها وإن نزلن مؤبداً).

لا خلاف بين أهل الاسلام في محريم البنت مع الأم جمعاً إذا لم يدخل بالأم، فإن فارق الأم حل له نكاح البنت، وإن دخل بالأم حرمت البنت عيماً، وقد سبق

والأقرب مساواة الوطء في الفرجين، وعدم اشتراط البلوغ والعقل في الواطيء والموطوءة، ولا الاباحة كالوطء في الاحرام والحبض، ولا دوام النكاح

الكلام على ذلك.

قوله: (والأقرب مساواة الوطء في الفرجين، وعدم اشتراط البلوغ والعقل في الواطيء والموطوءة، ولا الاباحة كالوطء في الاحرام والحبض، ولا دوام النكاح).

هنا مسائل: الأولى: هل الوطء في الدبر مساو للوطء في القبل في كونه دخولاً، بحيث تحرم به بنت الروحة عيناؤه وجهان، أقربهما عند المصنف المساواة ووجه القرب: أنه لو لم يعد دخولاً شرعاً لما استقر به المهر، والثاني باطل. بيان الملازمة: أن المهر إما يستقر بالدخول انعقاداً، فلو لم يعد دخولاً شرعياً لم يستقر به.

وأما بيان بطلان الثاني: فلأن المهر يستقر بالوطء في الدبر كالقبل على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وكذا يثبت به الحسد، ويحب به العدة في الطلاق ويلحق به النسب، وكل هذه تابعة للدخول وثبوت تنابع من حيث هو تابع يستلزم ثبوت المتبوع.

ويحتمل ضعيفاً عدم المساواة، لعدم ثبوت الاحصان، ويرد أن الاحصان ليس من توابع الدخول، والأصح المساواة.

الثانية: لا يشترط البلوغ والعقل في الواطيء ولا الموطوءة؛ لأن الدخول بالنسبة إلى التحريم سبب، والأسباب لا يشترط فيها التكليف كالانلاف. ومن ثم لو وطأ ساهياً أو جاهلاً بكونها الزوجة، كما لو زوجه أياها وكيله وهو لا يعلم، أو استدخلت ذكره في حال نومه وأغميته ثبت التحريم.

والعقد والمثلک واحد.

ب: تحرم أخت الزوجة بالعقد دائماً ومنقطعاً تحريم جمع، سواء دخل بالاخت أولاً، وسواء كانت لأب أو لأم أو لها، ولا تحرم اخت الأخ إذا لم تكن اختاً، ولا يحرم الجمع بينهما في المثلک.

ويحتمل ضعيفاً اشتراطهما في الوطن، لظاهر قوله تعالى ﴿وربائبکم اللاتي في حجورکم من نسائکم اللاتي دخلتم بهن﴾^(١) فإنه خطاب ويمتنع تعلقه بعير المکلف.

الثالثة لا يشترط في الوطء مع الروحانية الاماحة، فلو وطأ في حال احرام احدهما، أو في الحيض، أو في الصوم ثبت التحريم؛ لأن الحكم معلق بالدخول، وكذا لا يشترط دوام النکاح قطعاً لصديق بروحان والنساء في المتعة والدوام قوله: (والعقد والمثلک واحد).

أي واحد في ذلك، ووجهه أن الشارع أثبت حرمة المصاهرة في كل منها، ولأن لنساء يشتمل الموطوءة بالمثلک

قوله: (الثانية: تحرم أخت الزوجة بالعقد دائماً ومنقطعاً تحريم جمع، سواء دخل بالاخت أولاً، وسواء كانت لأب أو لأم أو لها، ولا تحرم أخت الأخ إذا لم تكن اختاً، ولا يحرم الجمع بينهما في المثلک).

قد تطابق النص والکتاب^(٢) والسنة واجماع المسلمين على تحريم اخت الزوجة جمعاً، ولا فرق في ذلك بين كون العقد دائماً أو منقطعاً؛ لتناول النص لكل منهما، ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد دخل بالزوجة وعدمه؛ لأن المناط الجمع بين

(١) النساء ٢٣

(٢) النساء ٢٣

ولو طلق رجعيًا حرمت الأخت حتى تخرج العدة.
ولو طلق بائنًا أو فسخ لعيب حلت في الحال على كراهية حتى تخرج العدة.

الاختين في النكاح، وهو صادق في العقد.
وكذا لا فرق في لأختين بين كونهن لأب أو لأم أو لها
ولا تحرم اخت لأخ إذا لم تكن اختًا، وذلك مع اختلاف الجهة، كما لو كان
الأخ لأب مثلاً والاخت بالنسبة إليه لأم، وعكسه ولا يحرم الجمع بين الاختين في
الملك، لأن الأغلب في الملك حاسم دية وليس كفرص منه الوطء وإن تعلق به
جوازه.

قوله: (ولو طلق رجعيًا حرمت الأخت حتى تخرج العدة، ولو طلق
بائنًا أو فسخ لعيب حلت في الحال على كراهية حتى تخرج العدة).

لما كانت المظنة رجعيًا روجه لم تحل تحت المطلقه رجعيًا للمطلق حتى يخرج
العدة، أما البائن بطلاق أو فسخ لعيب من لروح أو من الروجة، فإن احتها تحل في
الحال لخروجها عن الزوجية، فلم يتحقق لجمع بين الاختين في النكاح، إلا أنه يكره
نكاحها ما دامت الميانة في العدة لبقاء أثر نكاح

ولصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام: سألت عن رجل تزوج امرأة
بالعراق، ثم خرج إلى الشام فتزوج امرأة أخرى، فإذا هي اخت زوجته التي بالعراق،
قال: «يهرق بينه وبين التي تزوجها في الشام، ولا يقرب المرأة حتى تنقضي عدة
الشامية» الحديث^(١).

وهو محمول على الكراهية، لأن المحرم بمص الكتاب والسنة الجمع بين
الاختين في النكاح، وهو منتف هـ وينبغي أن يقرأ فسخ للمجهول ليتناول فسخ

ج: تحرم بنت أخت الزوجة معها وبنت أخيها وإن نزلتا على أشكال
 تحريم جمع إن لم تجز الزوجة، فإن أجازت صح.
 وله ادخال العممة والخالة على بنت الأخ وبنت الأخت وإن كرهتا.
 والأقرب أن للعممة والخالة فسخ عقدهما لو جهلتا لا المدخول
 عليها.

الرجل وفسخ المرأة.

قوله: (الثالثة: تحرم بنت أخت الزوجة معها وبنت أخيها وإن نزلتا
 على أشكال تحريم جمع إن لم تجز لزوجة) فإن أجازت صح).
 قد سبق الكلام في تحريم بنت أخت الزوجة وبنت أخيها جميعاً، وإنما أعاده
 هنا لبيان أن المحريم كما يتعلق ببنت الأخ والأخت للصلب كذا يتعلق بنبرهما على
 أشكال، وهو المراد بقوله: (وإن نزلتا).

ومشأ الأشكال: من أن المعلوم من تحريم ادخال بنت أخت الزوجة وبنت
 أخيها عليها إنما هو احترام العممة والخالة، ولهذا لو رضيتا انتفى التحريم، وإذا انتفى
 التحريم ففي بساتهما أولى، لأن بعد الدرجة يقتضي زيادة الاحترام.

ومن حيث أن النص لم يرد إلا على بنت الأخ والأخت، ولا يصدق ذلك إلا
 على بنت الصلب؛ لأن بنت البنت لا يصدق إلا على البنت إلا مجازاً، والأول أرجح؛
 نظراً إلى استفادة ذلك بالعكس، ولأن الاحتياط في العروج هو المطلوب.

قوله: (وله ادخال العممة والخالة على بنت الأخ وبنت الأخت وإن
 كرهتا، والأقرب أن للعممة والخالة فسخ عقدهما لو جهلتا، لا المدخول
 عليها).

قد سبق الكلام أيضاً في جواز ادخال العممة والخالة على بنت الأخ وبنت
 الأخت وإن كرهتا، وإنما أعاده ليعني عليه قوله: (والأقرب أن للعممة والخالة فسخ
 عقدهما).

وتحقيقه أنه إذا تزوج عمة روحه أو حائنتها مع عمة العمة والحالة صح لكاح، ولم يلتفت إلى رضى بنت الأخ وبنت الأخت، ولو جهت ولأقرب عند المصنف أن لها فسخ عقدها إذا عمتا وبس لها فسخ عقد المدحون عليها، هذا هو الظاهر ويمكن أن يكون المراد، لا لمدحول عليها، فإنه ليس لها فسخ عقدها.

يدل على الحكم الأول ما روى محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «لا تزوج ابنة الأخت على حائنتها إلا بآبائها، وتزوج الحالة على ابنة لأخت بغير أدنها»^(١). وم يعرف الأمر بين لعمه والحالة فالعرق أحداث وروى محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «لا تزوج العمة والحالة على به الأخ وابنت الأخت بغير أدنها»^(٢).

وأما الحكم الثاني فوجه العرب فيه أن الجمع بدون الادن مجموع منه، لما سبق، ولرواية أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: «لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وحائنتها»^(٣).

ولا سبيل إلى بطلان عقد السابقة، سبق صحته، ولا إلى ترارله، لسبق لرومه، ولا إلى بطلان عقد اللاحقة، لأن الجمع وإن كان مجموعاً منه إلا أن المنع يستفي بالرضى، فحينئذ يكون موقوفاً على رضى لعمه والحالة، فإن رضيتا لزم، وإلا كأن لها الفسخ. ويؤيده أن الحق في ذلك لها، لأن التحريم لحرمتهما، فإذا رضيتا انتفى السبب.

ويحتمل بطلان العقد الطارئ من رأس، لنبوت النهي عنه، والنهي في غير العبادة إنما لا يدل على الفساد إذا لم يكن راجعاً إلى شيء من أركان العقد، فأما إذا

(١) التهذيب ٧: ٣٢٢ حديث ١٣٦٥، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤٢

(٢) التهذيب ٧: ٣٢٢ حديث ١٣٦٤، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤١

(٣) التهذيب ٧: ٣٢٢ حديث ١٣٦٦، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤٣

د: لا يجوز نكاح الأمة لمن عنده حرة إلا بإذنها.
هـ: لا تحل ذات البعل أو العدة لغيره إلا بعد مفارقتها والعدة إن كانت من أهلها.

رجع إلى بعض الأركان، كبيع المجهول والعقد على بعض المحرمات، فإن العقد يقع باطلاً قطعاً.

والتحقيق في هذه المسألة إن رضى العمة والمخالاة إن كان شرطاً لصحة العقد، كان العقد المشروط بالرضى اداً وقع بدونه باطلاً، وإن كان من جملة السبب لم يحكم بالبطلان، لكن يقع العقد متردداً، واللاتح من المصوص الاشرط
فإن قوله «لا تزوج بنت الأخت على مخالفتها إلا بإذنها»، وكذا قوله عليه السلام: «لا تزوج المخالاة والعمة على ابنة الأخ» ظاهرة اشرط الأول في التزويج على حد لا يدخل الدار إلا بإذن مالكها، وسيجيء تمام البيعت في ذلك إن شاء الله تعالى، وهنا احتمال ثالث:

وهو ترلر العدين معاً، لأن كلاً من العدين بالمطر إلى ذاته صحيح، وصحته تنافي صحة الآخر ولا أولوية فيتدافع وضعه طاهر، فإن الأولوية للعقد السابق بحقيقة، ولم يتعرض الشارح الفاضل لهذا الاحتمال هنا، وسيأتي مثله قولاً في نظير هذه المسألة، وكأنه لم يلتفت إليه لضعفه وانتهى القائل به.

قوله: (الرابعة: لا يجوز نكاح الأمة لمن عنده حرة إلا بإذنها).
المراد بذلك النكاح بالعقد لا المحل فإنه يجوز مطلقاً إجماعاً، وسيأتي الخلاف في جواز نكاح الأمة اختياراً وتحقيق القول في ذلك إن شاء الله تعالى.
فرع: ينبغي بناء الحل والتحريم في التحليل على كونه عقداً أو ملكاً منفعة، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: (الخامسة: لا تحل ذات البعل أو العدة لغيره، إلا بعد مفارقتها، والعدة إن كانت من أهلها).

و: لو تزوج الأختين نسباً أو رضاعاً على التعاقب كان الثاني باطلاً، سواء دخل بها أو لا.
وله وطء زوجته في عدة الثانية، فإن اشتبه السابق منع منها، والأقرب الزامه بطلاقها

لا خلاف في هذا الحكم بين أهل الاسلام قاطبة، سواء كانت العدة بائناً أو رجعيّاً، لطلاق أو فسخ أو وفاة، وقد سبق في كلامه ما يغني عن ذكر هذه المسألة، ولا يحصى أنه لو عقد ولم يعلم ثم علم تبين فساد العقد.
قوله: (السادسة: لو تزوج الأختين نسباً أو رضاعاً على التعاقب كان الثاني باطلاً، سواء دخل بها أو لا، وله وطء زوجته في عدة الثانية، فإن اشتبه السابق منع منها، والأقرب الزامه بطلاقها)
قد علم تحريم نكاح الاحسن من السبب والرضاع، فلو فعله المكلف، فيما أن يكون العقد عليها واقعاً على التعاقب، أو دفعه، فإن كان الأول كان العقد الثاني باطلاً، لسبق صحة الأول واعتقاده، واحتصار المنع في الثاني.
ولا فرق في ذلك بين أن يدخل بالثانية وعدمه، فمرجع الصمير في قوله: (سواء دخل بها) هو الثانية؛ للدلالة عليه بالثاني في قوله (كان الثاني باطلاً)، ولا ريب أن له وطء زوجته في عدة الثانية حيث تجب العدة، وإن تجب إذا دخل بالثانية جاهلاً بكونها أخت الزوجة، عملاً بالاستصحاب ولأن المحرام لا يحرم الحلال.

نعم يكره له ذلك؛ الحديث زرارة السابق^(١)، وظاهر كلام الشيخ في النهاية التحريم^(٢)؛ لهذه الرواية، والأصح الأول، فإن اشتبه لسابق من عقدي الأختين وجب عليه اجتنابها؛ لأن احدهما محرمة عليه فيجب اجتنابها، ولا يتم إلا باجتناب كل منهما، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، والأقرب عند المصنف الزامه بطلاقها

(١)، لكافي ٥ ٧٤٣ حديث ٤، الفقيه ٣ ٢٦٤ حديث ١٢٥٨، التهذيب ٧ ٢٨٥ حديث ١٢٠٤

(٢)، النهاية ٤٥٤.

بأن يجبره الحاكم على ذلك.

ووجه القرب: أن البقاء على لروحية موجب للضرر بالنسبة إليه واليهما؛
لتعلق أحكام الروحية به ومعه من لاستمتاع، ولأن تحصيل البراءة من حقوق
الزوجية واجب، ولا يتم إلا بالطلاق.

ولقائل أن يقول: منع كونه واجباً مطلقاً بحيث يعم الأحوال كلها فيتناول
حال الاشتباه، وبو سلم البراءة يحصل بالتسليم إلى الحاكم أو بالبدل للمستحقة
مها، فالتنع متوجه إما إلى المعذمة الأرى أو كائناً لظاهر قوله تعالى ﴿فامسك
بمعروف أو تسريحاً باحسان﴾

ولا ريب أن الامسك مع الاشتباه موجب للتصريح فلا يكون امسكاً بمعروف،
فيتعين الثاني.

لا يقال: الطلاق مع الاكراه باطل.

لأننا نعول الطلاق لمكره عليه شرعاً هو المأمور به فكيف يكون باطلاً، ولا
ريب أن كراهه عليه شرعاً من العبدات وغيرها مقطوع بصحته شرعاً، وإلا لامتنع،
فيسد باب الاكراه شرعاً، وهو باطل ويحتمل تسليط المرأتين على الفسخ، أو فسخ
الحاكم تفصيلاً من الاكراه، وليس بعيد من الصواب الزامه بالطلاق، فإن امتنع
فسخت هي أو الحاكم.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه إن طلق كل واحدة منها صح، نظراً إلى وجوب
تطليق كل منهما، ولأن الروجة منها غير معلومة بل هي مشتبهة ولو قال زوجتي منها
طالق فالقول بالصحة أقرب، لأن التطليق لمعينة بحسب الواقع، ولأن المقصود
بالتطليق هو الزوجة على التقديرين.

فيثبت لها ربع المهرين مع اتفاقها واختلافها على اشكال.

ويجيء على قول الشيخ في المبسوط، فيها لو عقد الوليان متعاقبين ولم يعلم السابق أصلاً^(١) انه يبطل البطلان هنا.

قوله: (فيثبت لها ربع المهرين مع اتفاقها واختلافها على اشكال). أي: اذا طلق الاختين المعقود عليهما، والعرض أنه قبل الدخول، ثبت لها ربع المهرين؛ لأن الزوجة واحدة منها والواجب لها بالطلاق نصف المهر، فمع اشتباه المهر الثابت وتردده بين المهرين يوزع عليهما؛ لعدم الترجيح وانتفاء الأولوية، فيجب لكل منهما رבעه، وهذا واضح مع اتفاق المهرين جساً ورصفاً وقدرًا اذا كانا في الدمة، فإن ربح المجموع مساو لنصف أحدهما كما لو كان على كل منهما مائة دينار أما مع اختلافها في الجنس أو الوصف أو القدر، وكذا لو تشخص أحدهما فاشكال ينشأ، من أن الواجب في نفس الأمر هو نصف أحدهما، وليس ربع المجموع هو نصف أحدهما بحصره؛ لأن العرض اختلافها ببعض الأمور المذكورة كما هو واضح، فإيجابه يستلزم وجوب ما ليس بواجب وسقوط ما هو واجب.

ومن أن المستحق - وهو نصف أحدهما - غير متعين وإياها هو مشتبه ودائر بين المهرين، فحيث انتفى الترجيح ولأولوية وجب تقسيطه عليهما، فيؤخذ من كل منهما رבעه.

وعلى هذا، فيحتمل أن يقسم المجموع بينهما لعدم الأولوية، ويحتمل أن يصرف إلى كل واحدة ربع مهرها، لأنه إن كان نكاحها هو الصحيح استحققت نصف مهرها، وإن كان نكاح الأخرى استحققت هي نصف مهرها، فتعصّل الاشتباه وانتفاء المرجح ردّها كل واحدة إلى نصف الحق وهو ربع المهر ويحتمل القرعة؛ لأنه أمر مشكل، ولا يقاب حتى يصطلحاً أو يتبين الحال.

ويحتمل القرعة في مستحق المهر، ولا يقف حتى يصطلحها.

تفصيلاً من دفع الحق إلى غير مستحقة، وعلى الاحتمال الأول فرب يحتمل العمل بالقرعة؛ لأنه أمر مشكل، ولا يقف حتى يصطلحها أو يتبين الحال، ولقول بالقرعة قوي.

قوله: (ويحتمل القرعة في مستحق المهر، ولا يقف حتى يصطلحها).

وجه الأول أنه أمر مشكل لوقوع اللبس فتجب القرعة.

وجه الثاني أن أحدهما غير مستحق، ولا يؤمن دفع الحق إلى غير مستحقة.

فإن مراضياً اندفع المحذور ويحصل بهين للمرأة فإذا عرفت ذلك فهذا كلامان:

الأول: ظاهر عبارة المصنف أن احتمال القرعة في مستحق المهر جار مع اختلاف المهرين وإيجاب ربع كل منهما، وظاهر أنه غير مستقيم؛ لأن كل من خرج بالقرعة استحقاقها لم يجب لها سوى نصف مهرها، ولم يجب من مهر الأخرى شيء.

وما ذكره الشارح السيد من أن القرعة إذا أخرجت استحقاق ذات المهر الأقل رد ما زاد على نصفه على الزوج، فإن ربع المجموع أزيد من نصف الأقل وهي لا تستحق الرئد قطعاً.

الثاني: احتمال القرعة إنما يستقيم إذا جهل السابق كل من الزوج والزوجتين، وانتفاء البيّنة، وإذا ادعت كل منهما السابق ولم يصدق الزوج واحدة منهما ولا بيّنة، ولم يدعي عليه العلم، أو ادعنا فحلف، أو رد فنكلنا، أما مع الثبوت بواحد من طرقه فلا بحث في وجوب نصف مهر من ثبت عقدها دون الأخرى.

ولا يخفى أن المصنف لو قال: والأقرب الرأيه بطلاقها، فيحتمل القرعة في مستحق نصف المهر منها، ولا يقف حتى يصطلحها، ويحتمل ثبوت ربع المهرين مع انماقها واختلافها على اشكال، لكان أسلم.

لكن يلزم أن يراد بقوله: (حتى يصطلحها) الزوج والزوجتان معاً فريق، وعلى ثبوت ربع المهرين يحتمل الايقاف حتى يصطلح الزوجتان، والتشريك، والقول

ومع الدخول يثبت المهران مع الجهل، فليس له حينئذ تجديد عقد إلا بعد العدة.

ولو أوجبنا في الفاسد مهر المثل واختلف فالقرعة.

بالقرعة مشكل، وإلا لم يتم وجوب ربع لمهرين على طلاقه كما سبق.

قوله: (ومع الدخول يثبت المهران مع الجهل، فليس له حينئذ تجديد عقد، إلا بعد العدة).

يعلم من قوله: (ومع الدخول) أن ما سبق حكمها إذا طلق قبل الدخول، ولا ريب أنه إذا دخل بها وكانت جاهلتين بالتحريم، أو جهلت كل واحدة منها عقد الأخرى، أو جهلت لعدم عدد الأخرى واشتبهت السابق وبشبه مهران قطعاً وطاهر قول المصنف (ثبت لمهران) وجوب كل من المسمى وعاقاً لقول الشيخ أن الدخول في العقد الفاسد بوجوب المسمى^(١)، وكيف كان فليس له مع الدخول بها إذا طلقها تجديد العقد على أحدهما حتى تنقضي عدة الأخرى، إذا كان الطلاق بالنسبة إلى كل منهما رجعياً على تقدير صحته

وكذا لو كان طلاق أحدهما رجعياً وأرد العقد على الثانية؛ لجوار كون الرجعة ذات العدة الرجعية، ولا يحور العقد على الأخت في العدة الرجعية، لأن المعتدة رجعياً رجعة

أما لو كانتا بائنتين أو أحدهما وعقد على لرجعية فلا حرج؛ لأن تجديد النكاح في العدة الرجعية لا يقصر عن الرجعة، ولو ضم إلى النكاح الرجعة كان أولى.

قوله: (ولو أوجبنا في الفاسد مهر المثل واختلف فالقرعة).

قد سبق في الرضاع أنه إذا ثبت أن المعقود عليها أمه أو اخته من الرضاع وقد

ولو اتحد العقد بطل، وقيل: يتخير.

دخل بها ثبت لها المسمى، ثم احتل وجوب مهر المثل، فنقول: إن «وجبنا في الفاسد المسمى فلا بحث هنا في وجوب المسمى لكلي منها، وإن أوجبنا فيه مهر المثل فلا يحلو؛ إما أن يتفق مسمى كل منهما ومهر مثلها، أو يختلفا. فإن اتفقا فلا اشكال في أن كل واحدة منهما يدفع إليها مهرها؛ لأنه إن كان السابق عقدها فقد استحققت بالنكاح الصحيح، وإلا فبالعقد الفاسد وإن اختلف مسمى كل منها ومهر مثلها، أو مسمى أحدهما ومهر مثلها، فلا بد من القرعة في تعيين الزوجة، فمن أخرجته القرعة منها استحققت المسمى ووجب للآخرى مهر المثل» ويحيى حتمال الإيقاف حتى يصطلحوا وإن لم يذكره المصنف، وأعلم أن الصمير في قوله: (واختلف) يعود إلى كل من الفاسد ومهر المثل، ووحده باعتبار كل واحد، وهو صادق إذا كان الاختلاف المذكور بالسبب اليها أو إلى واحد منها خاصة. والظاهر أنه لا فرق في هذه الأحكام كلها بين ما إذا علم السابق ثم اشتبه، أو علم سبق واحدة في الجملة من «ول الأمر ولو أشبه السابق والاقتران فالإلزام بالطلاق ظاهر الوجه، أما وجوب نصف المهر فعليه نظر قوله: (ولو اتحد العقد بطل، وقيل يتخير).

أي: لو عقد على الاثنين معاً عقداً واحداً، وهذا هو القسم الثاني من قسمي العقد على الاثنين. وقد اختلف لأصحاب في حكمه، فقال ابن حمزة^(١)، وابن إدريس^(٢)، والمصنف هما، وأكثر متأخرين^(٣) بالبطال، لثبوت النهي الناشيء عن عدم صلاحية المعقود عليها فيكون فاسداً وإما قلنا إنه ناشيء عن عدم صلاحية لمعقود عليها؛ لأن كل واحدة منهما

(١) الوسيلة ٣٤٤

(٢) السرائر ٢٨٦

(٣) منهم ولد العلامة في الإيضاح ٣، ٨٥، والشهيد في القصة ١٨٩

يُمتنع نكاحها مع نكاح الأخرى، ولأن العقد على كل واحدة منها مانع من العقد على الأخرى وبطل له، ونسبة العقد اليها واحدة ولا ترجيح فتعين البطلان. ولأن العقد لو صح، فاما بالاصافه ليهما أو إلى حد هما، معينة أو غير معينة، والكل باطل.

أما الأول والثاني فظاهر، وأما الثالث فلأن صحة ما ليس معيناً في حد ذاته لا يعمل، لأن ما ليس معيناً في ذاته لا وجود له، ومتى بطل اللارم بأقسامه انتهى المنزوم، فثبت البطلان

لا يقال: منع الحصر في الصحة والبطلان، لأنهم من أحكام السبب، والعقد المذكور ليس هو السبب بل حزوه وإلجؤه الآخر هو هذا الخيار الزوج لأننا نقول السبب هو العقد على ما دل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وقال الشيخ في النهاية يتحير من اختارها بطل نكاح الأخرى^(٢)، وهو قول ابن الحسيد^(٣)، وابن البراج^(٤)، والمصنف في المحتف^(٥)، إذ رواه حميل بن ذراح عن بعض أصحابها عن أحدهما عليهما السلام: في رجل تزوج أختين في عقد واحد، قال: «هو بالخيار أن يعسك أيتهما شاء ويخلي سبيل الأخرى»^(٦).

ولأن صميمه العقد على أحد هما إلى العقد على الأخرى لا ينافي صحة العقد كما لو جمع في العقد بين محلة ومحرمة.

وجوابه: إن الرواية مرسله، ولا صراحة فيها بالنسبة إلى المدعي؛ لأن قوله

(١) لمانده ١

(٢) النهاية: ٤٥٤

(٣) عنه عنه العلامة في المختلف: ٥٢٦

(٤) انتهى ٣ ١٨٤

(٥) المختلف: ٥٢٦

(٦) نكاحي ٥: ٤٣٦ حديث ٣، التهذيب ٧: ٢٨٥ حديث ١٢٠٣

ولو وطأ أمة بالملك حرمت عليه احتها به حتى يخرج الأولى عن ملكه ببيع أو هبة أو غيرها.
وفي اشتراط اللزوم أو الاكتفاء بالتزويج أو الرهن أو الكتابة اشكال.

عليه السلام: «بمسك ايتهما شاء وبأي سبيل الأخرى» يحتمل أن يراد به أن احدهما حلال له دون الأخرى، فيحدد العقد على من يريد ولا دلالة هيها على أن الامساك بذلك العقد وإن كان معهم من اللفظ ذلك، لأن الاحتياط في العرواح مطلوب والفرق بين ما نحن فيه والعقد على المحللة والمحرمه ظاهر، لأن المصصيصه العقد في المحللة دون محرمه فاتهم، فينبغ المرحح، بخلاف محل النزاع، ولأصح البطلان.

قوله: (ولو وطأ أمة بالملك حرمت عليه أختها به حتى يخرج الأولى عن ملكه ببيع أو هبة أو غيرها، وفي اشتراط اللزوم، أو الاكتفاء بالتزويج أو الرهن أو الكتابة اشكال).

لا خلاف في أنه يجوز لجمع بين لأحسن في الملك، لأن العرص لأصلي في الملك الماليه، حتى لو اشترى حارية فوطأها لم يحرم عليه سراء احنها، ومن ثم حار شراء من بمتنع الاستمتاع بها كالوثنية المرتدة والمعدة والمروحة والمحرمه بالمصاهرة، وإياها يحرم الجمع بينهما في السكاح، عموم قوله تعالى ﴿وإن تجمعوا بين الاختين﴾^(١). والمراد في السكاح كما يقتضيه سياق الآية، فيتناول العقد والوطء، وكذا تواقع لوطء من الاستمتاع. فمتى وطأ أمة المملوكه حرم عليه أختها بالملك، فلو كانت لأخت مملوكه حرم عليه الاستمتاع بها ما دامت الأولى في ملكه، ولا خلاف في ذلك. فلو خرجت الأولى عن ملكه حلت الثانية، لانقضاء الجمع المحرم حينئذ، لكن

هل يشترط لحل الثانية أن يكون خروج لأولى بعقد لازم، أم يكفي مطلق العقد الناقل وإن كان معه خيار، كالبيع بخيار ولهبة التي يجوز الرجوع فيها؟ فيه اشكال ينشأ من أن غاية التحريم في نص الخروج الأولى عن ملكه وذلك متحقق مع الخيار.

واشترط اللزوم يقتضي كون ما جمعه الشارع غاية ليس بغاية، وهو معلوم البطلان.

ومن أن ثبوت الخيار يقتضي كونها بحكم المملوكة، فإن له الرجوع والتصرف فيها متى شاء ما دام الخيار باقياً.

ويضعف بأن الخروج عن الملك الذي هو غاية التحريم قد حصل، ويمكنه من التصرف بالفسخ بالخيار غير قاذح لا انتفاء الدليل، ولأنه بعد الإخراج اللزوم متمكن من التصرف دائماً بالشراء والاتهاب، وغير ذلك من العقود الناقلة، فلو أثر ثم لأثرها، والأقرب عدم اشتراط اللزوم.

ولو لم تخرج الأولى عن الملك، لكن فعل ما يقتضي تحريم وطنها عنده، كأن زوجها أو رهنها أو كاتبها، فهي الاكتفاء به في حل الذمة اشكال ينشأ من أن الحل موقوف بإخراج الأولى عن الملك؛ لقول أمير المؤمنين عليه السلام: «فلا يطاق الأولى حتى تخرج الأخرى عن ملكه فلا يحمل بدونه»^(١)

ومن أن العرض من إخراجها عن ملك محرم الوطء وقد حصل، على أن الكتابة مع إعادتها التحريم آيلة إلى الخروج عن الملك، ولأصح عدم الاكتفاء بشيء من ذلك وما جرى مجراه مما لا يفيد نقل الملك

وجزم المصنف في استدركه بأنها لا تحل برهن الأولى، لأن مع الراهن منها لحق

المرتبه لا لتحريمها، ولهذا نحل بذنه في وطنه^(١)، ولحكم صحيح، إلا أن التعليل لا يخلو من شيء، فإن تعلق حق المرتبه بها اقتضى تحريمها، غاية ما في الباب أنه تعلق ضعيف يزول حكمه بالأذن، وهنا مباحث:

أ: قال في التذكرة، لو باع بشرط الخيار، فكل موضع يجوز لبائع الوطء لا نحل فيه الثانية، وحيث لا يجوز فوجهان للشافعية^(٢)، هذا كلامه^(٣)، وظاهر النص يقتضي عدم الفرق بين أقسام الخيار لتحقق الإخراج مع كل منها

ب: لو طء في القبل وأبذر سوء في تحريم الثانية، لتحقق لدخول والنكاح والعراش بكل منهما، وفي اللبس والقبلة والنظر مشهورة تردد.

ج: لو أخرج أحدهما عن ملكه بأحد الأسباب الناقلة، ثم فسح البيع مثلاً أو ردت بعيب أو أقالة، فلا بد من الاستبراء للملك الحادث، وكذا لو طلقها زوجها أو عجزت المكاتب فاسترقها.

د: لو كان الوطء بشبهة فهو كغيره؟ يحتمل العدم؛ لأنها لا تزيد بذلك عن حال الأجنبية، ولو كانت إحدى المحتين محرمة بسبب آخر كالوثنية فوطأها بشبهة، جاز وطء الأخرى، لأن الأولى محرمة، ذكره في التذكرة^(٤)

هـ: لو ملك أماً وبنتها فوطأ أحدهما حرمت لأخرى مؤبداً، فلو وطأ الأخرى بعده جاهلاً بالتحريم حرمت مؤبداً عند الشافعية^(٥)، ذكره في التذكرة^(٦)، وما روي من قولهم عليه السلام: «لا يحرم الحرم للحلال»^(٧) يدفعه.

(١) التذكرة ٢، ٦٣٧

(٢) مفتي المحتاج ٣، ١٨٠.

(٣) التذكرة ٢، ٦٣٧

(٤) التذكرة ٢، ٦٣٧

(٥) المجموع ١٦: ٢٢٩، مفتي المحتاج ٣، ١٨٠

(٦) التذكرة ٢، ٦٣٧

(٧) التهذيب ٧، ٢٨٣ حديث ١١٩٨، الأسبصار ٣، ١٦٥ حديث ٥٩٥، سنن البيهقي ٧، ١٦٩

فإن وطأ الثانية أيضاً قبل اخراج الأولى، قيل: إن كان عالماً بالتحريم حرمت الأولى حتى تموت الثانية، أو يخرجها عن ملكه لا للعود إلى الأولى، فإن أخرجها لذلك لم تحل الأولى.

والأقرب أنه متى أخرج أحدهما حلت الأخرى، سواء كان للعود أولاً، وسواء علم التحريم أولاً. وإن لم يخرج أحدهما فالثانية محرمة دون الأولى.

قوله: (فإن وطأ الثانية أيضاً قبل اخراج الأولى قيل: إن كان عالماً بالتحريم حرمت الأولى حتى تموت الثانية، أو يخرجها عن ملكه لا للعود إلى الأولى فإن أخرجها لذلك لم تحل الأولى، والأقرب أنه متى أخرج أحدهما حلت الأخرى، سواء كان للعود أولاً، وسواء علم التحريم أولاً، وإن لم يخرج أحدهما فالثانية محرمة دون الأولى).

أي: لو وطأ أمة بالملك حرمت عليه احتها به حتى تخرج الأولى عن ملكه. فإن وطأ الثانية أيضاً قبل اخراج الأولى فللاصحاب قولان:

أحدهما - واختاره الشيخ في النهاية^(١)، وابن لبراج^(٢)، وابن حزم^(٣)، والمصنف في المختلف^(٤)، وحكاها بقوله قيل - إن كان عالماً إلى آخره أنه إن وطأ الثانية عالماً بالتحريم حرمت عليه الأولى أيضاً إلى أن تموت الثانية أو يخرجها عن ملكه لا لفرض العود إلى الأولى فإن اتفق أخراجها لا لذلك حلت له الثانية، فإن أخرجها عن ملكه ليرجع إلى الأولى فالتحريم باق.

(١) النهاية: ٤٥٥

(٢) المهذب: ١٨٥: ٢

(٣) لوسيلة: ٣٤٦

(٤) المختلف: ٥٢٦

وان وطأ الثانية جاهلاً بالتحريم لم تحرم عليه الأولى اذا اخرج الثانية عن ملكه، ويدل عليه ما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: سئل عن رجل كان عنده اختاران مملوكتان فوطأ احدهما ثم وطأ الأخرى قال، «اذا وطأ الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى».

قلت: أرأيت إن باعها اتحل له الأولى فقال: «إن كان بيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً، وإن كان إنها يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا ولا كرامة»^(١).

وروى أبو الصباح لكتاني في الصحيح عن الصادق عليه السلام نحو ذلك^(٢)، ولأن المقابلة بتقيص المصنوع واقع شرعاً، كما في مع الفاتل من الارث، هذا اذا كان عالماً، أما مع الجهل فلا تحرم عليه الأولى للأصل، ولأن الجهل عند في كثير من المواضع.

ولما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: الرجل يشري الاختين فيطأ احدهما ثم يطأ الأخرى بجهالة، قال: «اذا وطأ الأخيرة بجهالة لم تحرم عليه الأولى، وإن وطأ الأخيرة وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا جميعاً»^(٣).

وهي صريحة في أن وطأ الثانية مع جهل التحريم لا يحرم الأولى، إلا أن عبارة الشيخ^(٤) تؤيد بتحريم الأولى إلى أن تخرج الثانية عن ملكه، والقول الثاني هو اختيار ابن ادريس^(٥)، ونجم الدين بن سعيد^(٦)، ومقرب المصنف هما، واختار في التذكرة عدم

(١) الكافي ٤٣٢:٥ حديث ٧، التهذيب ٧: ٢٩٠ حديث ١٢١٧.

(٢) الكافي ٤٣٢:٥ حديث ٦، التهذيب ٧: ٢٩٠ حديث ١٢١٦.

(٣) الكافي ٤٣٣:٥ حديث ١٤، التهذيب ٧: ٢٩٠ حديث ١٢١٩.

(٤) النهاية ٤٥٥.

(٥) السرائر ٣٩٠.

(٦) الشرائع ٢٩٠:٢.

ولو وطأ أمة بالملك، قيل: جاز أن يتزوج بأختها، فتحرم الموطوءة ما دامت الثانية زوجة.

تحريم الأولى بوطء الثانية^(١).

ومتى أخرج أحدهما عن مكانه حلت الأولى، سواء قصد به العود إلى الأولى أم لا.

أما الحكم الأول فلأن الحرام لا يحرم الحلال، والتحريم إنما يتعلق بوطء الثانية فيستصحب، ولأن الأصل الإباحة.

وأما الحكم لثاني، فلأنه متى أخرج أحدهما لم يبق جامعاً بين الاختين، فيسمى التحريم بانتفاء سببه، والأصح الأول، واحتجاج ابن ادريس ضعيف، فإن الروايات الواردة بذلك خالية عن معارض فلا سبيل إلى ردّها.

واعلم أنه إذا وطأ الثانية علماً بالتحريم فلا حد عليه؛ لقيام الملك، نعم يعرر. قوله: (ولو وطأ أمة بالملك قيل: جاز أن يتزوج بأختها فتحرم الموطوءة ما دامت الثانية زوجة).

القول المشار إليه في العبارة هو قول الشيخ في المبسوط والخلاف^(٢)، واختاره المصنف في التحرير^(٣)، وهو ظاهر اختياره في التذكرة^(٤)، ولم يصرح هنا بشيء، والأصح الجواز؛ لعموم قوله تعالى ﴿واحل لكم ما وراء ذلكم﴾^(٥)، وقوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾^(٦) وغيرها.

(١) لتذكرة ١٦٩، ٧.

(٢) المبسوط ٢: ٢٠٧، الخلاص ٢: ٢١٧، مسألة ٧٧ كتاب النكاح.

(٣) التحرير ١٣: ٢.

(٤) لتذكرة ٢: ٦٣٦.

(٥) النساء ٢٤.

(٦) النساء ٣.

ز: لو تزوج بنت الأخ أو لأخت على العمة أو الخالة من النسب أو الرضاع حرتين أو أمتين لا ملك يمين على اشكال، فإن كان باذنها صح، وإلا بطل على رأي، ووقع موقوفاً على رأي، فإن أجازت العمة أو الخالة لزم، ولا يستأنف آخر، وإن فسختاه بطل ولا مهر قبل الدخول.

والكناح أقوى من الوطء بملك اليمين، فإذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى. وإنما قلنا أنه أقوى؛ لأن الكناح يتعمق به الطهار والطلاق والابلاء واللعان والميراث، والغرض الأصلي في الملك المالية فلا ينافي النكاح.

وكذا حل الوطء به كامة الغير إذا أحلها مالكمها، فعلى هذا تحرم الموطوءة ما دامت الثانية زوجة. ويحتمل المانع؛ لأن الأمة تصير بالوطء فراشاً، فلم يجوز أن يرد النكاح عليه كما لا يرد نكاح الأخت على مكاح أمها.

وجوابه: أن القياس باطل مع وجود الفرق، فإن الكناح أقوى من الوطء بملك اليمين.

قوله: (السابعة: لو تزوج بنت الأخ أو بنت الأخت على العمة أو الخالة من النسب أو الرضاع، حرتين أو أمتين لا ملك يمين على اشكال، فإن كان باذنها صح، وإلا بطل على رأي، ووقع موقوفاً على الإجازة على رأي، فإن أجازت العمة أو الخالة لزم، ولا يستأنف آخر، وإن فسختاه بطل، ولا مهر قبل الدخول).

إذا كانت العمة أو الخالة عنده فعقد على بنت الأخ أو بنت الأخت، فإن كان العقد بائن العمة أو الخالة فلا بحث في الصحة، وإن كان بغير اذنها فللأصحاب أقوال:

أ: بطلان العقد من رأس وتزلزل عقد المدخول عليها، فلها أن تفسخ عقد نفسها، وهو قول ابن أدریس. واحتج على البطلان بأن العقد على بنت أخت الزوجة

أو بنت أخيها منهي عنه، والنهي يدل على الفساد^(١).
 أما أنه منهي عنه فلقول النبي صلى الله عليه وآله : «لا تنكح المرأة على
 عمتها ولا على خالتها»^(٢)، والمراد بالنكاح هنا العقد.
 وصحبة أبي الصباح الكتاني عن الصادق عليه السلام قال: «لا يحل للرجل
 أن يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها»^(٣).
 وصحبة أبي عبيدة الحذاء قال: سمعت الصادق عليه السلام يقول: «لا ينكح
 الرجل المرأة على عمتها ولا على خالتها، ولا على أختها من الرضاغة»^(٤)، وهذا إما
 هو مع عدم الاذن، وكون الطارئ نكاحها من بنت الأخ أو بنت الأخت، أما مع الاذن
 أو كون الطارئ نكاح العمة أو الخالة، فلا خلاف عندنا في الصحة.
 ويدل على ذلك صحبة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «لا تزوج
 ابنة الأخت على خالتها إلا بأذنها، وتزوج الخالة على ابنة الأخت بغير أذن»^(٥)،
 والاجماع على مساواة العمة والخالة في ذلك.
 وأما أن النهي يدل على الفساد فقد تبين في الأصول، وأما تزلزل عقد المدخول
 عليها فلم يتعرض للاحتجاج عليه، واعترض عليه المصنف في المختلف بأن النهي لا
 يدل على الفساد في المعاملات، إنما ذلك في العبادات^(٦).
 ويأنه لو وقع العقد الطارئ فاسداً لم يكن لتخييرها في فسخ عقد نفسها وجه:

(١) السرائر: ٢٩٢.

(٢) صحيح مسلم ١٠٢٩:٢ حديث ٢٧، سنن البيهقي ١٦٥:٧.

(٣) التهذيب ٣٣٢:٧ حديث ١٣٦٦، الاستبصار ١٧٧:٣ حديث ٦٤٣.

(٤) الفقيه ٢٦٠:٣ حديث ١٣٣٦، التهذيب ٣٣٣:٧ حديث ١٣٦٩، الاستبصار ١٧٨:٣ حديث ٦٤٦.

(٥) التهذيب ٣٣٢:٧ حديث ١٣٦٥، الاستبصار ١٧٧:٣ حديث ٦٤٢.

(٦) المختلف: ٥٢٨.

لأن المقتضي للفسخ الجمع، ومع وقوع لعقد فاسداً لا جمع.
ولقائل أن يقول: إن النهي في المعاملات وإن لم يدل على الفساد بنفسه، لكنه إذا دل على عدم صلاحية العقود عليها لسكاح فهو دال على الفساد من هذه الجهة، كانهي عن سكاح الأخت والعمة والحالة، وكما في النهي عن بيع الفرد في البيع، والنهي في محل النزاع من هذا القبيل.

ب: تنزل العقد الطارئ بحيث يقع موقوفاً على رضى العمة والحالة، مع كون عقد العمة والحالة لازماً كما كان، أخبارة لمحقق^(١) والمصنف، وجمع من المتأخرين^(٢).
أما الحكم الأول وهو تنزل الطارئ وعدم وقوعه فاسداً فلعنوم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٣) فإن المتنازع فيه بدأ تعقبه رضى من يعتبر رضاه اندرج في هذا العموم، فوجب الحكم بصحته، فقبل الرضى لا يكون فاسداً، وإلا لم يتقلب صحيحاً.
ولا نعتي بالموقوف إلا ذلك، ولأنه عقد صدر بدون رضى من يعتبر رضاه في صحته فكان كالفصولي، ولا دلالة في الأخبار لسابقة على أنه بدون الرضى يقع فاسداً؛ لأن الحاصل من الأخبار بعد الجمع بينها هو المنع من العقد بدون الأذن، وذلك أعم من كون الأذن سابقاً أو لاحقاً.

على أن لقائل أن يقول: إن رواية محمد بن مسلم^(٤) تدل على اعتبار سبق الأذن؛ لأن قوله عليه السلام: «لا تروج بنت الأخت على خالتها إلا بأذنها» ظاهره ذلك؛ لأن أعم معاني الباء الالتصاق، فيجب حصوله في وقت التزويج، والسابق إلى الفهم في مثل ذلك المصاحبة أو السببية، وكلاهما يعطي المراد.

(١) الشرائع ٢: ٢٨٨.

(٢) سبب الشهيد في العمة، ١٨٨، والحاصل المنع في التنقيح ٦٢٢.

(٣) المائدة: ١.

(٤) التهذيب ٣٢٢٧ حديث ١٢٦٥، الامتصاص ١٧٧٢ حديث ٦٤٢.

وأظهر منه دلالة ما رواه علي بن جعفر في الصحيح عن أخيه موسى عليه السلام أنه قال في حديث: «ولا تزوج بنت لأخ والأخت على العمة والحالة إلا برضى منها، فمن فعل فنكاحه باطل»^(١).

فإن قيل: الرضى اللاحق رضى منها.

قلنا: ليس هو تزويجاً بالرضى؛ لأن المتبادر كون الرضى حين التزويج، ولا يفهم من هذا اللفظ إلا هذا.

وأما الحكم الثاني وهو كون عقد العمة والمهلة لازماً كما كان؛ فلأنه صح ولزم، والأصل بقاء ذلك، ولأن المنهي عنه هو الطارئ فيختص بمقتضى النهي، وإن فسد فلا بحث، وإن كان موقوفاً يرجع الأولى لسبق لزومها فلا يلزم تجديد نزلها.

ج: نزل كل من العقدين السابق والطارئ، ختاره الشيخان^(٢) وسائر^(٣)؛ لأن العقد الطارئ صحيح فيتدافع العقدان.

قال المصنف في المختلف. كلام الأصحاب ليس فيه استبعاد؛ لأن عقد الداحلة صحيح في نفسه، لصدوره من أهله في محله جامعاً لشرائطه، وإذا وقع صحيحاً تساوت نسبته ونسبة عقد المدخول عليها، وكما كان لها فسخ عقد الداحلة كان لها فسخ عقد نفسها^(٤).

وما ذكره المصنف ضعيف؛ لثبوت الأولوية، لسبق اللزوم وانتفاء التكافؤ، وعدم الدليل الدال على انقلاب اللازم جائزاً.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (من النسب أو الرضاع، حرتين أو أمتين) يريد به عدم الفرق في الحكم المذكور بين كون العمومة والمقولة في المذكورات

(١) انتهى ٣٣٧ حديث ١٣٦٨، الاستبصار ١٧٧٣ حديث ٦٤٥

(٢) فقرة ٧٧، النهاية ٤٥٩

(٣) لمراسم: ١٥٠.

(٤) المختلف: ٥٢٨

من النسب أو الرضاع؛ لعموم قوله عليه السلام: «الرضاع لحمه كلبنة النسب». وقوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١)، ولرواية أبي عبيدة الخدّاء عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢)، وأنه لا فرق بين كون العمة وبنت الأخ والخالة وبنت الأخت حرتين أو أمتين أو بالتفريق؛ لشمول النصوص السابقة للأمة كما يشمل الحرّة، وهذا إنما هو في النكاح بالعقد.

أما الوطء بملك اليمين ففيه أشكال، ويتصور فيه صور:

كون العمة وبنت أخيها بنتاً مملوكتين للوطء.

وكون العمة مملوكة له وبنت الأخ معقوداً عليها، وعكسه.

فإذا وطأ العمة بالملك فهل يحرم عليه وطء بنت الأخ بالملك؟ فيه أشكال ينشأ.

من أن قوله عليه السلام: «لا تنكح المرأة على عمتها»^(٣) يتناول محل الرّاع، بناء على أن النكاح حقيقة في الوطء، وقد صرح به أئمة اللغة^(٤).

ولرواية أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يحل للرجل

أن يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها»^(٥)، والنكرة في سياق النفي للعموم، فيعم كل جمع حتى الجمع في الوطء بملك اليمين.

ومن أن استعماله في العقد شرعاً شائع، ولأن سلطنة النكاح بالنسبة إلى الأمة

لمولاهها، ولا اعتبار لاذنها معه، فكيف يكون لها سلطنة عليه بحيث يتوقف نكاحه على اذنها، على أن اذنها لا يعتد به أصلاً، وإنما المعتبر اذن سيدها.

(١) الكافي ٤٤٢ هـ حديث ٩، الفقيه ٣٠٥ هـ حديث ١٤٦٧، سنن ابن ماجه ٦٢٣ هـ حديث ١٩٣٧.

(٢) الفقيه ٢٦٠ هـ حديث ١٢٣٦، التهذيب ٣٣٢ هـ حديث ١٣٦٩، الاستبصار ١٧٨:٣ حديث ٦٤٦.

(٣) صحيح مسلم ١٠٢٩ هـ حديث ٣٧، سنن البيهقي ١٦٥ هـ.

(٤) الصحاح ٤١٣:١ «نكح»، القاموس المحيط ٢٥٤:١ «نكح».

(٥) التهذيب ٣٣٢ هـ حديث ١٣٦٩، الاستبصار ١٧٧:٣ حديث ٦٤٣.

.....

ولا يحد من إرادة العقد في الحديث قطعاً، إذ العقد ممنوع منه، والمشارك لا يستعمل في معنيه حقيقة، وفي بعض الأخبار التصريح بالتزويج.

ولو وطأ العمة بالملك فهل يحرم عليه العقد على بنت الأخ؟ فيه اشكال، لا يخلو من ضعف، يعلم مما سبق في العقد على أخت الموطوءة بالملك.

وهل يحرم عليه وطء العمة بعد ذلك؟ الظاهر لا؛ لأن العقد على بنت الأخ حيث يمنع منه إنما هو لتكريم العمة؛ لتوقفه على إزهاها، فلو كان العقد على بنت الأخ موجهاً لتكريم وطء العمة لكان ذلك موجهاً لزيادة إهانتها.

ولو عقد على العمة، ثم أراد وطء بنت الأخ بالملك فهل يتوقف فيه على الرضى؟ فيه اشكال يعلم وجهة مما سبق في أول هذه المسائل.

ويمكن ادعاء التوقف هنا بطريق أولي؛ لأنه لما كان المقتضي لتكريم بنت الأخ تكريم العمة، فإذا كانت بنت الأخ مملوكة كان إتهان العمة بذلك أشد، فكيف كان فتوقف الحل على الإذن في الثالثة أقوى.

واعلم أن قوله عليه السلام «حرتين أو أمتين» المراد بهما العمة وبنت الأخ أو الخالة وبنت الأخت، كما أن قوله من النسب مرتبط بهما. ويحتمل ارتباط بنت الأخ أو الأخت؛ لأنها المحدث عنه، أو بالعمة والخالة لقربهما.

وقوله «لا ملك يمين» معطوف على جملة لو تزوج بتقدير محذوف صورته؛ لا أن الملك ملك يمين، ولا بد من ارتكاب التوسع؛ لأن المراد الوطء بملك اليمين.

وقول المصنف: (فإن أجازت العمة أو الخالة...) متفرع على القول بوقوع العقد الطارئ موقوفاً. ووجه قوله: (ولا مهر قبل الدخول) ظاهر؛ لأنه لا نكاح ثم على تقدير الفسخ.

ولا يخفى أن القول ببطلان العقد الطارئ لا يخلو من قوة، فإن النصوص دالة عليه، إلا أن المشهور خلافه.

وهل للعمّة أو الخالة فسخ عقدهما والاعتزال؟ قيل: نعم، وفيه نظر، فتقع العدة حينئذٍ بآئنة.

ح: لو عقد على الأمة من دون إذن الحرة بطل، أو كان موقوفاً على رأي، وتخير الحرة في فسخه وامضائه. وهل لها فسخ عقدها السابق؟ قيل: نعم.

قوله: (وهل للعمّة أو الخالة فسخ عقدهما والاعتزال؟ قيل: نعم، وفيه نظر فتقع العدة حينئذٍ بآئنة) لا

قد عرفت الخلاف في أن العمّة والخالة هل لهما فسخ عقد نفسها في الصورة المذكورة أم لا، وإن أكثر الأصحاب^(١) وهم: الشهاب^(٢) وسلا^(٣)، وابن إدريس^(٤) قائلون بذلك، وقد عرفت ضعف دليل هذا القول.

ولذلك قال المصنف: (وفيهِ نظر)، والأصح خلافه، لانتفاء الدليل عليه. فعلى القول به تقع العدة حينئذٍ - أي حين فسخها - بآئنة، فإن عدة الفسخ لا تكون إلا كذلك.

قوله: (الثامنة: لو عقد على الأمة من دون إذن الحرة بطل، أو كان موقوفاً على رأي، وتخير الحرة في فسخه وامضائه، وهل لها فسخ عقدها السابق؟ قيل: نعم).

لو عقد من تحته حرة النكاح على الأمة، بناء على أنه يجوز نكاح الأمة بالعقد، وقد يقال: لا يلزم هذا البناء، لأن الحرة ربما كانت بعيدة عنه بحيث لا يمكنه الوصول إليها، ولا بد له من نكاح الأمة، فهل يقع العقد على الأمة باطلاً في نفسه، أم

(١) المقنعة: ٧٧، النهاية: ٤٥٩

(٢) الراسم: ١٥٠

(٣) السرائر: ٢٩٢

يقع موقوفاً على رضى الحرة، فإن أجازته صح وإن ردته بطل؟ قولان للأصحاب؛
ثم هل للحرة مسح عقد نفسها لسابق على العقد على الأمة فيه قولان أيضاً
فهنا بحثان:

الأول: قال الشيخان^(١)، وابن البراج^(٢)، وابن حمزة: إن عقد الأمة بوقوعه يقع
موقوفاً^(٣)، واختاره المصنف في المختلف في أول كلامه^(٤)، وقال ابن أبي عقيل وابن
الجنيد^(٥) وابن ادريس: أنه يقع باطلاً.
ويلوح من آخر كلامه في المختلف الميل إليه؛ لأنه قال فيه: وإن كان ما قالوه
ليس بعيداً من الصواب^(٦).

احتج الأولون بمجموع «أو قوا بالعقود»^(٧)، فإنه عقد صدر بدون رضى من
يعتبر رضاه، هو يجب أن يقف على رضاه كالقضولي.

وبما رواه سباعة عن الصادق عليه السلام: في رجل تزوج أمة فقال: «إن
شئت الحرة أن تقيم مع الأمة أقامت، وإن شئت ذهبت إلى أهلها»^(٨) الحديث.
واحتج الآخرون بما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام قال:
«تزوج الحرة على الأمة ولا تزوج الأمة على الحرة، ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه

(١) لمعة ٧٧، نهاية ٤٥٩

(٢) التهذيب ١٨٨: ٢.

(٣) أبوسيلة ٣٤٥.

(٤) المختلف ٥٢٩.

(٥) نقله عنها العلامة في المختلف ٥٢٩.

(٦) السرائر ٢٩٢.

(٧) المختلف ٥٢٩.

(٨) المائة ١.

(٩) الكافي ٣٥٩: ٥ حديث ٩، التهذيب ٣٤٥: ٧ حديث ١٤١٢.

.....

باطل»^(١).

وعن حذيفة بن منصور قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج أمة على حرة لم يستأذنها قال «يعرق بيها» قلت. عليه ادب قال: «نعم اثني عشر سوطاً ونصف ثمن حد الزاني وهو صاغره»^(٢).

وجه الاستدلال بهذه أن السؤال يحتمل وصي الحرة بعد العقد وعدمه، وترك الاستفصال لدليل العموم، والتعريف إنما هو مع الدعوى مع علمه بالتحريم. أجاب المصنف في المختلف بأن المراد من كونه باطلاً أنه آيل إلى البطلان على تقدير اعتراض الحرة^(٣)، وهو صحيح؛ لأن ذلك خلاف الظاهر، ورواية سباعة^(٤) لصحتها لا تصلح للمعارضة.

الثاني: قال الشيخان^(٥)، وابن البراق^(٦)، وابن حرة^(٧)، وسائر النحرة فسخ عقد نفسها^(٨). وبه قال ابن إدريس^(٩) ثم رجع عنه. قلل المصنف في المختلف ويحتمل المنع على قول ابن أبي عقيل^(١٠)، وكأنه إنما قال ذلك لعدم تصريح ابن أبي عقيل بالمنع

(١) الكافي ٣٥٩:٥ حديث ٢، التهذيب ٣٤٤:٧ حديث ١٤٠٨

(٢) التهذيب ٣٤٤:٧ حديث ١٤١١، الاستبصار ٢٠٩:٣ حديث ٧٥٥.

(٣) المختلف: ٥٢٩

(٤) الكافي ٣٥٩:٥ حديث ٤، التهذيب ٣٤٥:٧ حديث ١٤١٢

(٥) المقنع: ٧٧، النهاية: ٤٥٩.

(٦) المهذب ١٨٨:٢.

(٧) الوسيلة: ٣٤٥.

(٨) المراسم: ١٥٠.

(٩) السرائر: ٢٩٢.

(١٠) المختلف: ٥٢٩.

ولو تزوج الحرة على الأمة مضى العقد، وتخير مع عدم العلم في امضاء عقدها وفسخه، لا عقد الأمة.

ولو جمع بينهما صح عقد الحرة، وكان عقد الأمة موقوفاً أو باطلاً.

ولو عقد على من يباح نكاحها وبحرم، دفعة، صح عقد الأولى دون

الثانية.

هذا، بخلاف العمة والحالة، والتقريب من الحائنين كما تقدم هناك، والأصح المنع قوله: (ولو تزوج الحرة على الأمة مضى العقد، وتخير مع عدم العلم في امضاء عقدها وفسخه لا عقد الأمة. ولو جمع بينهما صح عقد الحرة وكان عقد الأمة موقوفاً أو باطلاً، ولو عقد على من يباح نكاحها وبحرم دفعة صح عقد الأولى دون الثانية).

إذا تزوج الحرة على الأمة فالعقد ماض وليس للأمة اعتراض، بخلاف الحرة، للأصل، ولأن المسح من العقد على الأمة لمن عنده حرة مكرومة للحررة، وذلك منتف في الأمة.

إذا عرفت ذلك فاما أن تكون الحرة عاملة بأن للزوج روجة أخرى هي الأمة، أو لا فإن كانت عاملة لم يكن لها اختيار في فسح عقد نفسها، ولا في فسح عقد الأمة؛ لأن دخولها على الأمة مع علمها يتضمن رضاها، وإن لم تكن عاملة، ولم ترض بعد العلم كان لها فسح عقد نفسها لا فسح عقد الأمة؛ لأن عقد الأمة قد سبق لزومه فلا سبيل إلى ابطاله.

ولصحيفة يحيى الأزرق عن الصادق عليه السلام قال: سألت عن رجل كانت له امرأة وليدة، فتزوج حرة ولم يعلمها أن له امرأة وليدة، فقال: «إن شئت الحرة أقامت، وإن شئت لم تقم»^(١) الحديث.

وإذا جمع بين الأمة والحرّة في عقد واحد، كأن يزوج رجل ابنته وأمه من رجل بعقد واحد، أو يزوج أمته وبنت غيره بالوكالة، ونحو ذلك، فإن كانت الحرّة عاتلة راضية بالعقد ماض، وإن لم تكن راضية ولم ترض بطل نكاح الأمة وكذا لو لم تعلم ثم علمت، ولا يفسد العقد على الحرّة عدياً، لا انتفاء المقتضي.

وفي صحيحه أبي عبيدة الخدّاء عن الباقر عليه السلام: في رجل تزوج حرّة وأمتين مملوكتين في عقد واحد، قال: «أما الحرّة فنكاحها جائز، وإن كان قد سعى لها مهراً فهو لها وأما المملوكتان فإن نكاحهما في عقد مع الحرّة باطل، يفرق بينهما وبينها»^(١).

وهذه المصنف في المختلف إلى أن للحرّة مسخ عقد نفسها؛ لأنه عقد واحد وقع متزلاً ولا أولوية^(٢)، وفيه مسخ لأنها إذا لم ترض بعقد الأمة فسد فتحققت الأولوية، وللرواية والشافعي أجرى فيه القولين في تفرق الصمقة في البيع^(٣).

فإن قيل: يجب مراعاة لما سبق أن يكون عقد الحرّة باطلاً إذا لم تعلم بالأمة، كما إذا ادخل العمة على بنت أخيها وهي جاهلة.

قلنا: الفرق ثبوت الخلاف وانتفاؤه هنا، ووجود الدليل الدال على البطلان هناك وانتفاؤه هنا فلا يتعرض به.

(١) الفقيه ٢٦٦: ٣ حديث ١٢٦٤، انتهيب ٣٤٥٧ حديث ١٤١٤

(٢) لمختلف ٥٢٩

(٣) الفتح العربر (المطبوع بياض المجموع) ٢٣٢: ٨.

ط: قيل يحرم على الحر العقد على الأمة إلا بشرطين: عدم الطول وهو المهر والنفقة، وخوف العنت وهو مشقة الترك. وقيل: يكره. فعلى الأول تحرم الثانية، ولا خلاف في تحريم الثالثة.

ومثله ما لو جمع بين من يباح نكاحها ويحرم دفعة، كالعمة وبنت أخيها مع عدم رضى العمة، وكعمة نفسه وبنتها توفيراً على كل منها حكمة، ولا يصر اتحاد العقد؛ لأن تفريق الصفقة غير قاذح عندنا.

واعلم أن قول المصنف: (لو جمع بينهما) يشاؤله ما إذا جمع بينهما في عقد وبين ما إذا عقد على كل منهما عقداً مستقلاً واقتراً العقدان، وكذا لو عقد على من يباح نكاحها ويحرم دفعة.

قوله: (التاسعة: قيل: يحرم على الحر العقد على الأمة إلا بشرطين: عدم الطول وهو المهر والنفقة، وخوف العنت وهو مشقة الترك. وقيل يكره، فعلى الأول تحرم الثانية ولا خلاف في تحريم الثالثة)

لا خلاف بين علماء الاسلام في جواز نكاح الأمة بالعقد لمن فقد طول الحرية وخشي العنت، واحتلوا في الجواز إذا انتفى أحد الأمرين والمشهور بين متقدمي الأصحاب التحريم، ذهب إلى ذلك الشيخ في الخلاف والمبسوط^(١)، وهو قول المعيد^(٢)، وابن أبي عقيل وابن المعيد^(٣)، وابن الراح^(٤).

ونذهب الشيخ في النهاية إلى الجواز على كراهية^(٥)، وتبعه ابن حمزة^(٦)، وابن

(١) الخلاف ٢: ٢٦٨ مسألة ٨٦ كتاب النكاح، المبرط ٢٦٤: ٤

(٢) لمعة ٧٧

(٣) بعد عنها العلامة في كشف ٥٦٥

(٤) انهدب ٢: ٢٦٥

(٥) النهاية ٤٧٦

(٦) اوسيلة، ٣٥٧

ادريس^(١)، واختاره المصنف في المختلف^(٢).

احتج الأولون بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحِ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمَنْ مَّا مَلَكَتِ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾^(٣).

وجه الاستدلال انه سبحانه شرط في نكاح الأمة عدم الطول، لأن من للشرط وشرط خوف العنت بقوله جر وعلا: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾، وبها رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المملوكة قال: «إذا اضطرب إليها فلا بأس»^(٤) دل على ثبوت البأس مع انتفاء الضرورة.

والمراد بالاضطرار ما ذكر في الآية، وبأن البضع مبني على الاحتياط التام، فيقتصر في الحل على مورد النص.

«واحتج الآخرون بأن الأصل الإباحة، وبعمومات الكتاب مثل قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتِ أَيْمَانُهُمْ﴾^(٥) وهو شامل للمتنازع.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا أَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ﴾^(٦)، وقوله تعالى: ﴿وَاحِلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٧) وقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(٨).

(١) السرائر: ٢٩٢

(٢) المختلف: ٥٦٥

(٣) النساء: ٢٥

(٤) التهذيب ٣٣٤٧ حديث ١٣٧١

(٥) المؤمنون: ٥٤

(٦) البقرة: ٢٢١

(٧) النساء: ٢٤

(٨) النساء: ٣

وقوله تعالى ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَأَمَّا تُمْكُمْ﴾^(١). وما رواه ابن بكير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال: «لا ينبغي أن يزوج الحر المملوكة اليوم، إنما ذلك حيث قال الله عز وجل: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا﴾، والطول المهر، ومهر الحرة اليوم مثل مهر الأمة أو أقل»^(٢) وجه الاحتجاج بذلك أن قوله: «لا ينبغي» ظهري في الكراهية.

وأجاب المصنف في المختلف عن حجة الأولين بأن الآية إنما تدل من حيث المجهول، وهو ضعيف، فإذا عارضه المطلق خرج عن الدلالة، على أن المطلق الأمر بالزواج إما إيجاباً أو استحباباً، وإذا انتفى الأمر المطلق عليه انتهى الوصف الزائد على الجواز.

وأيضاً أنه خرج مخرج لأغلب، فلا يدل على نهي الحكم عما عداه، وكذا الجواب عن الخبر^(٣).

وفيه نظر؛ لأن مفهوم الشرط معتبر عند المحققين، ودلالة قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾^(٤) لا ينحط عن المطلق، ثم إنه ليس ثم منطوق يعارض ذلك، فإن قوله سبحانه: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ﴾^(٥) إنما يتناول الزوجة شرعاً، وليس النزاع إلا في كون الأمة زوجة.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا أَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ﴾^(٦) نقول بموجبه، ولا دلالة

(١) النور: ٣٢

(٢) لكافي ٥: ٣٦٠ حديث ٧، التهذيب ٣٢٤٧ حديث ١٣٧٢

(٣) المختلف: ٥٦٥

(٤) النساء: ٢٥

(٥) المؤمنون: ٥

(٦) البقرة: ٢٢٩

على جواز النكاح مطلقاً.

وقوله تعالى ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ﴾^(١) الظاهر أن المراد به من المحررات بدليل قوله تعالى ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾^(٢) وأجر الأمة لسيدها فلا تعطاه.

والمراد بها طاب من النساء ما حل منهن، والكلام في محل النزاع إما هو في الحل، والنكاح الاماء في الجملة لا يدل على الانكاح في محل النزاع. ثم قوله: المعلق الأمر بالنكاح غير ظاهر؛ لأن ذلك إما يكون إذا قدر فليسكن مما ملكت ايهاكم، والآية المشرقة مسوقة لبيان الحل والحرمه، فلا يقدّر إلا ما يناسب ذلك مثل قوله: فنكاحه مما ملكت ايهاكم، وهو قوله تعالى: ﴿وَمَا يَكُنْ لَكُمْ بِهِ جُنَاحٌ﴾

وقوله انه حرج مخرج الاعلب خلاف الطاهر، ورواه ابن بكير^(٣) ضعيف، والقول بالتحريم أقوى.

ويحكي عن بعض الأصحاب قول ثالث وهو تحريم الأمة لمن عنده حرة^(٤). وقد يستدل بقوله في رواية الحلبي: «ولا تزوج أمة على حرة، ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل»^(٥)، ولا دلالة فيه على حل ما سوى ذلك، وفائدة الخلاف - أعني القولين الأولين - يظهر في حل الثانية وتحريمها.

فعلى القول بالتحريم، لا بشرطين يحل معها الواحدة وتحرم الثانية؛ لانتفاء خوف العت، وعلى القول بالكراهة من دونها تحل الثانية على كراهية، أما الثالثة

(١) النساء ٢٤

(٢) النساء ٢٤

(٣) الكافي ٥/٣٦٠ حديث ٧، التهذيب ٣٣٤/٧ حديث ١٣٧٢

(٤) سبب العلامة في تحريمه ٥٦٥ قد نقل لأبي حنيفة عن بعض أصحابه.

(٥) الكافي ٥/٣٥٩ حديث ٢، التهذيب ٣٤٤/٧ حديث ١٤٠٨

فتحرم اتفاقاً.

ولقائل أن يقول: تحريم الثانية على القول الأول إنما يظهر إذا كان الزوج قريباً منها، فأما إذا كان بعيداً بحيث لا يمكنه الوصول إليها فلا.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الطول في النعمة، الزيادة والفصل، والمراد به هنا الزيادة في المال وسعته بحيث يتمكن معها من تكاح الحرة، فيقوم بها لا بد منه من مهرها ونفقتها، ويكفي لنحو النعمة وجود المال بالقوة القريبة، كما في غلة الملك وكسب ذي الحرفة.

والعنت: الائم الذي يؤدي إليه غلبة الشهوة.

قال في الكشف: وأصل العنت انكسار الأعظم بعد الجبر، فاستعبر لكل مشقة وصرر، ولا صرر أعظم من موافقة المائم^(١). وقد فسرح مع العنت بأنه الرما^(٢)، وزعم الشارح الفاضل والمصنف بأنه مدلوله شرعاً^(٣).

وكذا فسر الطول شرعاً بأنه مهر لروجة ونفقتها ووجودها، وليس بجيد، لأن ارادة هذا المعنى في الآية لا يقتضي العقل، فإن ذلك بعض استعمالات اللفظ، ويتحقق العنت بقوة الشهوة وصحف التقوى.

وينبغي أن يكون خوف الصرر الشديد مع قوة التعوى أيضاً كذلك، ويقبل قوله في ذلك إلا أن يعلم كذبه، ولا يبطل المكاح بتحدد روال الشرطين، ولم يذكر في الشرط عدم التمكن من ملك اليمين، وكأنه لم ينظر إليه شرعاً في المكاح بالعقد، وسيأتي في كلام المصنف في نكاح الاماء تحقيق ذلك.

(١) الكشف ٥٢١، ١

(٢) منهم الشيخ في المبسوط ٤، ٢١٤، وابن البراج في المهذب ٢، ٢١٥

(٣) ايضاح الفوائد ٩٢٢

الفصل الثاني: في استيفاء عدد الطلاق والموطوءات: أما الأول: فمن طلق حرة ثلاث طلاقات تتخللها رجعتان حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره وإن كان المطلق عبداً، وتحرم الأمة بطليقتين بينهما رجعة حتى تنكح زوجاً غيره وإن كان المطلق حراً.

قوله: (الفصل الثاني: في استيفاء عدد الطلاق والموطوءات: أما الأول فمن طلق حرة ثلاث طلاقات يتخللها رجعتان حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره وإن كان المطلق عبداً، وتحرم الأمة بطليقتين بينهما رجعة حتى تنكح زوجاً غيره وإن كان المطلق حراً).

أجمع علماء الاسلام على أن الحر إذا طلق زوجته الحرة ثلاث طلاقات بينهما رجعتان حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، سواء كان في نكاح واحد أو أكثر، في مجلس واحد أو أكثر، قبل الدخول أو بعده، ولا بد أن يدخل بها الزوج الثاني ويفارقها بطلاق أو غيره وتنقضي عدتها.

قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾^(١) والمراد الطلقة الثالثة.

وروى أبو بصير عن الصادق عليه السلام عن المرأة التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره: «هي التي تطلق ثم تراجع ثم تطلق ثم تراجع ثم تطلق الثالثة، فهي التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره ويذوق عسيتها»^(٢)، هذا حكم الحر بالنسبة الى الزوجة الحرة.

(١) البقرة: ٢٢٠.

(٢) الكافي ٧٦: ٦، حديث ٢، التهذيب ٢٢: ٨، حديث ٩٨، الاستبصار ٢٧٤: ٣، حديث ٩٧٣.

وأما الثاني: فالحر إذا تزوج دائماً أربع حرائر حرم عليه ما زاد غبطة حتى تموت واحدة منهن، أو يطلقها بائناً، أو يفسخ عقدها بسبب، فإن طلق رجعيّاً لم تحل له الخامسة حتى تخرج العدة، ولو كان الطلاق بائناً حلت في الحال على كراهية.

أما حكمه بالنسبة إلى الأمة فقد اطلق لأصحاب على أن الاعتبار في الطلاق بحال الروقة، فإن كانت حرة لم تحرم إلا بطلقتان ثلاث وإن كان الزوج عبداً، وإن كانت أمة حرمت بطلقتين بينهما رجعتان إلى أن تنكح زوجاً غيره. وإن كان الزوج حراً، والعامة جعلت للاعتبار بالزوج فإن كان حراً اعتبروا الطلاق ثلاثاً وإن كانت الروقة أمة، وإن كان عبداً ثبت التحريم بعد بطلقتين وإن كانت زوجته حرة.

وروى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «طلاق المرأة إذا كانت تحت مملوك ثلاث تطليقات، وإن كانت مملوكة تحت حر فنتطليقتين»^(١). وروى الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «طلاق الحرة إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، وطلاق الأمة إذا كانت تحت الحر تطليقتان»^(٢).

قوله: (وأما الثاني فالحر إذا تزوج دائماً أربع حرائر حرم ما زاد عليه غبطة حتى تموت واحدة منهن، أو يطلقها بائناً، أو يفسخ عقدها بسبب، فإن طلق رجعيّاً لم تحل له الخامسة حتى تخرج العدة، ولو كان الطلاق بائناً حلت في الحال على كراهية).

أجمع أهل الاسلام على أنه يجوز للحر أن يتزوج بالعقد الدائم أربع حرائر،

(١) التهذيب ٨٣: ٨ حديث ٢٨١.

(٢) المعجم ٣: ٢٥٦ حديث ١٦٧٧، التهذيب ٨٣: ٨ حديث ٢٨٢.

ولا يجوز له الريادة عليهن غبطة، أي دواماً. يقال: أغبطت السماء أي دام مطرها، ذكر نحوه في القاموس^(١). والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾^(٢) والواو لتخيير لا للجمع وإلا لجاز نكاح ثنائي عشرة؛ لأن معنى قوله (مثنى) اثنتين اثنتين، وكذا قوله: (وثلاث) معناه ثلاثاً ثلاثاً، وقوله (ورباع) معناه أربعاً أربعاً.

وروى العامة أن غيلان بن مسلمة الثقفي أسلم وتحتة عشر نسوة قال له النبي صلى الله عليه وآله: «أملكك أربعاً وفارق إنازهن»^(٣).

ومن طريق الأصحاب ما رواه زرارة بن أعين أو محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «لا يجمع ماءه في خمس»^(٤).

وفي الحسن عن جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام، في رجل تزوج خمساً في عقد، قال: «يحمل سبيل أيتهن شاء ويمسك الأربع»^(٥).

ويحكى عن بعض الزيدية جواز العقد على تسع وهم القاسمية، قال الشيخ رحمه الله: هذه حكاية الفقهاء عنهم ولم أجد أحداً من الزيدية يعرف بذلك بل أنكروها أصلاً^(٦).

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه متى طلق واحدة من الأربع بائناً، أو فسخ نكاحها بسبب من الأسباب الموجبة للفسخ، حلت له الخامسة في الحال، لانقطاع العصمة

(١) القاموس، المحيط ٢: ٢٧٥ «غبطة»

(٢) النساء: ٣.

(٣) سنن البيهقي ١٨٢٧.

(٤) الكافي ٥: ٢٢٩ حديث ٩، التهذيب ٧: ٢٩٤ حديث ١٢٣٣.

(٥) الكافي ٥: ٤٣٠ حديث ٥، الفقيه ٣: ٢٦٥ حديث ١٢٦٠، التهذيب ٧: ٢٩٥ حديث ١٢٣٧.

(٦) الخلاف ٢: ٢١٤ مسألة ٦٢ كتاب النكاح.

ولو تزوج اثنتين دفعة حينئذ قيل: يتخير، وقيل: يبطل.

بذلك وصيرورتها كالأجنبية، ولهذا يجوز لمن طلق زوجته بائناً أن ينكح اختها في العدة، وهو مروي عن الصادق عليه السلام^(١).

وما رواه زرارة في الصحيح عن الصادق عليه لسلام أنه قال: «إذا جمع الرجل أربعاً فطلق أحدهن، فلا يتزوج الخامسة حتى تخرج عدة المرأة التي طلق» وقال: «لا يجمع ماءه في خمس»^(٢) محمول على الطلاق الرجعي؛ لأن الطلاق البائن لا يبقى معه جمع الماء في خمس وإن بقيت العدة، لأنها بالخروج من عصمة النكاح كالأجنبية، وإن ذلك على جهة الأفصل.

نعم يكره العقد على الخامسة مادامت المطلقة بائناً في العدة، لتحرمها به حرمة النكاح، وللرواية المذكورة ومن هذا يعلم أن دا الثلاث لو وطأ أربعة بشبهة حل العقد على أخرى في عدتها؛ لانتفاء الزوجية.

قوله: (ولو تزوج اثنتين دفعة حينئذ قيل: يتخير، وقيل: يبطل). أي: لو تزوج ذو الأربع اثنتين دفعة - أي في عقد واحد بأن كان وليها أو وكيلها واحداً فعقد عليهما معاً، أو في عقدين في زمان واحد، بأن جرى العقد معه ومع وكيله حينئذ، أي حين إذ طلق واحدة من الأربع بائناً - ففلاصحاب قولان: أحدهما: أنه يتخير من شاء منها فيمسكها ويخلي سبيل الأخرى، اختاره الشيخ في النهاية^(٣)، وابن البراج^(٤)، وهو قول ابن الجبيل^(٥)، لوجود المقنضي لصحة

(١) لكافي ٤٢٩:٥ حديث ٦ التهذيب ٢٨٦٧ حديث ١٢٠٧، لا سيوار ١٧٠٣ حديث

(٢) الكافي ٤٢٩:٥ حديث ١ التهذيب ٢٩٤٧ حديث ١٢٣٣.

(٣) النهاية: ٤٥٤

(٤) المهذب ١٨٤:٢

(٥) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٢٦.

العقد فيمن يختارها، وهو كونه محللة وانتفاء المانع، إذ ليس إلا إنضمام العقد على الأخرى إليه وهو لا يصلح للمانع، فإن ضميمته المحرم إلى المباح لا يقتضي تحريم المباح، كما لو عقد على محرمة ومحللة؛ ولأنه لو عقد على اختين دفعة تفرق فكذا هنا. أما الأولى فلما روى جميل بن دراج، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما عليه السلام: في رجل تزوج اختين في عقد واحد قال: «هو بالخيار أن يمسك أيهما شاء، ويخلي سبيل الأخرى»^(١).

وأما الثانية فللاتفاق على عدم الفرق بينهما، ولأنه لو عقد على خمس دفعة تفرق أربعاً، فكذا هنا.

أما الأولى فلحسنه جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام: في رجل تزوج خمساً في عقد قال: «يخلي سبيل ابتهر شاء ويمسك الأربع»^(٢).

وأما الثانية فللاتفاق على عدم الفرق بينهما

والثاني: بطلان العقد، وهو قول ابن إدريس^(٣)، وابن حمزة^(٤)؛ لأن العقد عليهما معاً لا يجوز قطعاً، ولا على واحدة منهما، لأن نسبة العقد إليهما على حد سواء، وكل واحدة منها ممنوع من نكاحها مع الأخرى فتعين البطلان.

ويمكن الجواب عن جميع الأولين: أما عن الأولى فلأن المانعة إنما نشأت عن ضميمة كل منها إلى الأخرى، ولو لا ذلك لم يكن للتحريم مقتضي، وليس ذلك كالعقد على المحرمة والمحللة؛ لأن التحريم ثابت بدون العقد، فيكون العقد بالنسبة إلى المحرمة فاسداً، ولا وجه لفساده بالنسبة إلى الأخرى.

(١) الكافي ٢٣١:٥ حديث ٣، التهذيب ٢٨٥:٧ حديث ١٢٠٣

(٢) الكافي ٤٣٠:٥ حديث ٥، الفقيه ٢٦٥:٣ حديث ١٢٦٠، التهذيب ٢٩٥:٧ حديث ١٢٣٧.

(٣) السرائر ٢٨٩.

(٤) الوسيلة ٣٤٤.

ولو تزوج الحر حرة في عقد واثنين في عقد وثلاثاً في عقد واشتبه السابق، صح نكاح الواحدة على الثاني.

ومنشأ المنع من العقد على الاثنين فيما نحن فيه هو ضميعة أحدهما إلى الأخرى، وهو معنى مشترك بينهما، لا أولوية لأحدهما فيه على الأخرى، فيكون كل منهما ممنوعاً من العقد عليها على هذا الوجه.

وقول المصنف في المختلف: إن العقد على الاثنين معاً مثل العقد على المحرمة والمحللة عيناً، إذ لا فرق إلا الاطلاق والتعيين، ولا أثر له في التحريم، إذ في التعيين تحرم المعينة فيبطل العقد عليها.

ويحل العقد على الأخرى، وفي الاطلاق على واحدة مطلقاً وتحرم أخرى مطلقاً وقد عقد عليها معاً فيدخلان في العقد، إذ لا وجود للكل إلا في جريئاته محصلة^(١)، يقتضي تعلق العقد بهما معينه ثم يعينها هو باختباره، وفيه نظر لأن المعهود عليها لا بد من تعيينها، ولا يجوز العقد على إحدى المرأتين.

وأما الروايتان فلا دلالة فيهما على أن الامساك بالعقد الأول لأن من جدد العقد صدق أنه محسك، وبه أجاب المصنف في التذكرة^(٢)، والأصح البطلان.

قوله: (ولو تزوج الحر حرة في عقد واثنين في عقد، وثلاثاً في عقد، واشتبه السابق، صح نكاح الواحدة على الثاني).

هذا فرع على الخلاف في المسألة السابقة، وتقريره أنه لو عقد الحر على حرة عقداً دائماً، وعلى اثنتين عقداً آخراً، وعلى ثلاث عقداً آخراً، واشتبه السابق من العقود، فإن قلنا في المسألة السابقة وهي ما إذا عقد ذو الثلاث على اثنتين دفعة يبطلان العقد عليهما، وهو الأصح وهو القول الثاني، صح نكاح الواحدة خاصة وبقي

(١) لمختلف: ٥٢٦

(٢) التذكرة ٢ ٦٣٥

الاشتباه في العقدين الآخرين.

أما الواحدة، فلأن عقدها إن تقدم أو توسط أو تأخر، لم يزد به العدد على النصاب؛ لأن أحد العقدين الآخرين فاسد، فهي إما ثلاثة أو أربعة.

وأما العقدان الآخران فأيهما تأخر عن الآخر تحقق حصول الزيادة على النصاب، فكان باطلاً، فيكون الاشتباه في الاثنين والثلاث ثابتاً، وقد علم حكم الاشتباه مما مضى. هذا حكم الفرع بناء على القول الثاني في المسألة السابقة.

وأما على القول الأول فهو لتخير المصنف ليبيّن الحكم هنا، وتحقيقه. إن نكاح واحدة من الثلاث صحيح على كل تقدير من التقديرات الممكنة؛ لأنه إن تقدم عقد اثلاث صح نكاح الجميع، وإن وقع بعد عقد الواحدة.

ولو وقع بعد عقد الاثنين صح نكاح الاثنين من الثلاث، ولو وقع بعد عقد الواحدة والاثنين صح نكاح واحدة من الثلاث، فنكاح واحدة على كل تقدير صحيح، والاشتباه في كونها بالتخيير أو لا، فإذا احتار واحدة منهن بقي الاشتباه في اثنين باعتبار صحة نكاحها وفساده، وصحة نكاح واحدة وفساد نكاح الأخرى فيتخير.

وأما عقد الواحدة فلا اشتباه في صحته جزماً إن تقدم، أو كان بعد عقد الثلاث، أو بعد عقد الاثنين، وفساده جزماً إن وقع بعد العقدين وعقد الاثنين، لا اشتباه في صحته جرماً فيها، وذلك إن تقدم أو كان بعد عقد الواحدة، وفساده كذلك فيها إذا تأخر عن العقدين الآخرين، وصحته في واحدة وفساده في أخرى، فيتخير، وذلك إذا وقع بعد عقد الثلاث وقبل عقد الواحدة.

والحاصل أن ثمة التخيير في تعيين واحدة من الثلاث اللوائي في عقد والخمس اليواقي منهن ثلاث نكاحهن صحيح لارم، وانتان نكاحهما باطل، وقد وقع الاشتباه فتجري أحكامه السابقة.

ويحل له بملك اليمين والمتعة ما شاء مع الأربع وبدونهن،

إذا عرفت ذلك فعل القول الأول حقوق الزوجية ثابتة للمنفردة قطعاً؛ لصحة نكحها ولها ربع الربع أو ربع الثمن باعتبار وجود الولد وعدمه، مع التفاوت بين الربع والثالث وهو نصف سدس يكون موقوفاً بين المنفردة، ولثالث لاحق للثنتين فيه ولأمكان صحة عقدهما بسبقه على عقد الثنث، فيكون الربع أو الثمن بين الواحدة والاثنتين، ويبقى ثنث الربع أو الثمن موقوفين بين اثنتين، والثالث لاحق للواحدة فيها.

فإن تبين الخلاف أو قلنا بالقرعة فلا بحث، وإن أفضى الحال إلى الصبح اعسر فيه رضى من يحتمل استحقاقه، فلا يعتد رضى لاثنتين في نصف السدس ولا رضى الواحدة في الثلثين.

وعلى القول بالمعير ربع نصيب الزوجية من يختارها من الثلاث، وثلاثة أرباعه موقوفة بين الكل إلى أن يبين الحال بالتذكر أو القرعة أو يجري الصلح

قوله: (ويحل له بملك اليمين والمتعة ما شاء مع الأربع وبدونهن). أجمع علماء الاسلام على أنه يجوز للرجل أن ينكح بملك اليمين ما شاء من غير حصر في عدد، والأصل فيه عموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(١). واطبق القائلون بإباحة نكاح المتعة على أنه يجوز للرجل أن يتمتع بأكثر من أربع حرائر، ويدل عليه عموم قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾^(٢).

وما رواه زرارة بن أعين في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: قلت ما

(١) النساء ٢٤

(٢) النساء ٢٤

ولا يحمل له من الائمة بالعقد الدائم أكثر من امتين من جملة الأربع.
ولا يحمل له ثلاث امة وإن لم تكن معه حرة ولا امتان مع ثلاث

يحمل من المتعة قال: «كم شئت»^(١).

وسأل أبو بصير الصادق عليه السلام عن المتعة أهى من الأربع فقال: «لا،
ولا من السبعين»^(٢).

وعن زرارة عن الصادق عليه السلام قال: ذكر له المتعة أهى من الأربع قال:
قال: «تزوج منهن أنما فانهن مستأجرات»^(٣).

وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في المتعة قال: «ليست من الأربع
لأنها لا تطلق ولا ترث، وإنما هي مسأجرة» وقال: «عديتها خمس وأربعون ليلة»^(٤) لكن
يكره الزيادة فنهى على الأربع حملاً على الدائم.

ولرواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام في المتعة قال: «هي إحدى
الأربع»^(٥)، ونزلت على الاستحباب جمعاً بينها وبين ما سبق.

ولصحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: قال أبو
جعفر عليه السلام: «اجعلوه من الأربع» فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط؟
قال: «نعم»^(٦).

قوله: (ولا يحمل له من الائمة بالعقد الدائم أكثر من اثنتين من جملة
الأربع، ولا يحمل له ثلاث إماء وإن لم يكن معه حرة، ولا امتان مع ثلاث

(١) الكافي ٤٥١:٥ حديث ٣، التهذيب ٢٥٨:٧ حديث ١١١٨ الاستبصار ١٤٧٣:٣٦ حديث ٣٦

(٢) الكافي ٤٥١:٧ حديث ٤، التهذيب ٢٥٨:٧ حديث ١١١٩، الاستبصار ١٤٧٣:٥٣٧ حديث ٥٣٧.

(٣) الكافي ٤٥٢:٥ حديث ٧، التهذيب ٢٥٨:٧ حديث ١١٢٠، الاستبصار ١٤٧٣:٥٢٨ حديث ٥٢٨.

(٤) الكافي ٤٥١:٥ حديث ٥، التهذيب ٢٥٩:٧ حديث ١١٢١، الاستبصار ١٤٧٣:٥٤٠ حديث ٥٤٠.

(٥) التهذيب ٢٥٩:٧ حديث ١١٢٢، الاستبصار ١٤٧٣:٥٤٠ حديث ٥٤٠.

(٦) التهذيب ٢٥٩:٧ حديث ١١٢٤، الاستبصار ١٤٨٣:٥٤٢ حديث ٥٤٢.

حرائر.

حرائر).

اجمع الأصحاب على أنه لا يحل للرجل الحر من الاماء بالعقد الدائم اكثر من أمتين، وهما من جملة الأربع، فيحل له حرتان وأمتان، ولا يحل له أربع اماء، ولا ثلاث مع حرة وبدونها، ولا امتان مع ثلاث حرائر، وهذا إنما هو على القول بجواز نكاح الأمة اختياراً.

أما عند من يعتبر الشرطين فلا يجوز نكاح الثمانية؛ لفقد الشرط. وقد سبق ذكره في كلام المصنف، وذكرنا ما يرد عليه هناك، وهنا مباحث:

أ: لا فرق في الأمة بين الرقبة والمديرة والمكاسية المشرطة والمستولدة والمطلقة التي لم تؤد شيئاً، وفيمن تحرر بعضها اشكال ينشأ من عدم صدق اسم الحرية والأمة عليها. والأقرب التحريم نظراً إلى ما فيها من الرقبة وتغليب جانب الحرية، وسيأتي في كلام المصنف.

ب: يجوز للحر أن ينكح من الاماء والمتعة والتحليل ما شاء من غير حصر عدد، وبه صرح المصنف في التحرير^(١)، ولظاهر أنه لا خلاف في ذلك، ولو كان عنده حرة فهل يعتبر رضاها في ذلك؟ الظاهر نعم، عملاً باطلاق الأخبار^(٢).

ج: لا ريب أن الأمتين اللتين يجوز للحر نكاحهما دوماً من جملة الأربع؛ للاطباق على أنه لا يجوز نكاح ما زاد على أربع دوماً. وقول المصنف: (ولا يحل له نكاح ثلاث اماء...) قد يقال انه تكرار؛ لأنه قد سبق في كلام المصنف قبل الفصل أنه لا خلاف في تحريم الثالثة.

ويمكن دفعه بأن الغرض هنا حصر جميع الصور فيكون تفصيلاً بعد الاجمال.

(١) التحرير ١٥:٢.

(٢) الكافي ٣٥٩:٥ حديث ٤، التهذيب ٣٤٤:٧ و٣٤٥ حديث ١٤١٠ و١٤١١ و١٤١٢.

وأما العبد فتحرم عليه بالدائم أكثر من حرتين، وتحل له حرتان أو أربع اماء أو حرة وأمتان، وله أن يعقد متعة ما شاء مع العدد وبدونه، وكذا بملك اليمين.

ولو تجاوز العدد في عقد واحد، ففي التخيير أو بطلان العقد اشكال كالحر،

قوله: (وأما العبد فتحرم عليه بالدائم أكثر من حرتين، وتحل له حرتان أو أربع اماء أو حرة وأمتان، وله أن يعقد متعة ما شاء مع العدد وبدونه، وكذا بملك اليمين).

اطبق علمائنا على أن العبد يجوز له أن يسكح بالدائم حرتين، أو أربع اماء، أو حرة وأمتين، وليس له أن يعقد على حرتين وأمة، ولا على ثلاث اماء وحرة، لأن الحرية في حقه بمنزلة امتين، ولأن العبد أقص من الحر فلا يليق مساواته له في العدد من الحرائر، والأمة نقص من الحرية فلم يمنع أن يكون له أربع اماء.

وفد روى محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن المملوك يتزوج أربع حرائر، قال: «لا يتزوج إلا حرتين إن شاء أو أربع اماء»^(١)، وكذا في روايات أخر^(٢)، وله أن يعقد ما شاء متعة على الحرائر والاماء كالحر.

وكذا التحليل، سواء كان عنده لعدد الذي يجوز له دواماً أم لا، وكذا القول في ملك اليمين.

قوله: (ولو تجاوز العدد في عقد واحد ففي التخيير أو بطلان العقد اشكال كالحر).

منشأ الاشكال: النظر إلى دليل كل من القولين فيها إذا تجاوز العدد في عقد

(١) الكافي ٤٧٦:٥ حديث ١، التهذيب ٣٩٦:٧ حديث ١٢٤٢، الاستبصار ٢٩٣:٢ حديث ٧٧٥

(٢) الكافي ٤٧٧:٥ حديث ٢، التهذيب ٢٩٦:٧ حديث ١٢٣٩، الاستبصار ٢٩٤:٣ حديث ٧٧٧

والمعتق بعضها كالأمة في حق الحر، وكالحررة في حق العبد في عدد الموطوءات.

أما في عدد الطلاق فكالأمة معها، والمعتق بعضه كالحر في حق الاماء، وكالعبد في حق الحرائر.

فإنه قائم هنا، والعقدان اذا اقترنا كالعقد الواحد، والأصح البطلان على ما سبق.

قوله: (والمعتق بعضها كالأمة في حق الحر، وكالحررة في حق العبد في عدد الموطوءات، أما في عدد الطلاق فكالأمة معها).

لما كانت المعتق بعضها قد اشتملت على الرقية والحرية، كانت بالاضافة إلى الحر كالأمة؛ لما فيها من الرقية، فإن البعيرم على الوجه المعين دائر مع الرقية، وبالإضافة إلى العبد كالحررة، نظراً إلى ما فيها من الحرية. هذا في عدد الموطوءات عليها لجانب الاحتياط في حق كل منها.

أما في عدد الطلاق فإنها كالأمة معها تحرم بتطليعتين لما فيها من الرقية، فيجب أن يوفر عليها حكمها

قوله: (والمعتق بعضها كالحر في حق الأمة، وكالعبد في حق الحرائر).

وتقريره معلوم مما سبق؛ لأنه قد جمع بين الحرية والرقية معاً، فوجب أن يوفر على كل حكمه، وأن يغلب جانب الاحتياط. ويمكن أن يكون السر في توحيد المصنف الأمة وجمع الحرائر أن الحر قد اختلف في جواز الأمة الواحدة له اختياريًا، فالمنع على بعض الآراء متعلق بالواحدة في حقه.

وأما العبد فإنه لا يمنع من الحررة ولا من الحرتين، إما يسمع مما زاد.

الفصل الثالث: في الكفر، وفيه مطالب:

الأول: في أصناف الكفار وهم ثلاثة:

أ: من له كتاب، وهم اليهود والنصارى.

أما السامرة فقيل: إنهم من اليهود، والصائبون من النصارى والأصل أنهم إن كانوا يخالفون القيلتين في فروع الدين فهم منهم، وإن خالفوهم في أصله فهم ملحدة لهم حكم المحربيين. ولا اعتبار بغير هذين كصحف إبراهيم وزيور داود عليها السلام؛ لأنها مواعظ لا أحكام فيها وليست معجزة.

قوله: (الفصل الثالث: في الكفر، وفيه مطالب:

الأول: في أصناف الكفار، وهم ثلاثة:

الأول: من لهم كتاب وهم اليهود والنصارى، أما السامرة فقيل: إنهم من اليهود، والصائبون من النصارى. والأصل أنهم إن كانوا يخالفون القيلتين في فروع الدين فهم منهم، وإن خالفوهم في أصله فهم ملحدة لهم حكم المحربيين، ولا اعتبار بغير هذين كصحف إبراهيم وزيور داود؛ لأنها مواعظ لا أحكام فيها وليست معجزة).

من جملة مواسع النكاح الكفر، وأصناف الكفار بالنسبة إلى جواز النكاح وعدمه ثلاثة أصناف:

الأول: أهل الكتاب حقيقة، وهم اليهود والنصارى بغير خلاف بين أهل الاسلام. وقد اختلف في السامرة والصائبين، فقيل: إن السامرة طائفة من اليهود والصائبين طائفة من النصارى. قال الشيخ رحمه الله: والصحيح في الصابئة أنهم غير

النصارى؛ لأنهم يعبدون الكواكب^(١).

ويقال: إن الصابئين فرقتان فرقة توافق النصارى في أصول الدين، وفرقة أخرى تخالفهم فتعبد الكواكب السبعة، ونصيف الأثار إليها وتنفي الصانع المختار وكلام المفيد يقرب من هذا لأنه قال: إن جمهور الصابئين توحيد الصانع في الأزل، ويسمى من يجعل معه هوى في العلم جميع منها العالم فكانت عندهم الأصل، ويعتقدون في الفلك وما فيه الحياة والطق، وأنه المنبسط لما في هذا العالم والبدال عليه، وعظموا الكواكب وعبدوها من دور الله تعالى، وسأها بعضهم ملائكة، وجعل بعضهم الهة وسوا لها بيوتا للعبادة، قال: وهؤلاء على طريق القياس إلى مشركي العرب وعباد الاوثان اقرب من المجوس^(٢).

وتحرير المبحث أن المفهوم من كلام بعض المحققين أنه لا كلام في أن السامرة تعد من اليهود والصابئين تعد من نصارى، وإنها الكلام والزاع في أنهم منهم باعتبار حل المناكحة، فإن ثبت حل مناكحتهم فهم منهم، وإلا فهم ملحقون بغيرهم ممن لا يحل مناكحته وإن كانوا معدودين من القبيلتين

وهبارة المصنف تعطي هذا المعنى؛ لأن اللائح من قوله والأصل أنهم إن كانوا يخالفون القبيلتين إلى آخره، بيان تنزيل القولين في أن الطائفتين من القبيلتين المذكورتين أولاً، فإنه يريد أن هاتين الطائفتين من ليهود والنصارى.

ومنشأ اختلاف القولين - في أنهم منهم أولاً - بها هو في كونهم مبتدعة بالاضافة اليهم أو ملاحدة، وذلك لأنهم إن كان مخالفتهم لهم إنما هي في الفروع، فهم مبتدعة لا يخرجون بذلك عن كونهم منهم وتلحقهم أحكامهم. وإن كانت المخالفة في الأصول

(١) لمبسوط ٤ ٢١٠

(٢) لقطة، ٧٨

فهم ملاحدة خارجون منهم، وإن عدوا منهم فلا تدققهم أحكامهم.
 فعلى هذا لا يكون المراد من قول المصنف: (أما السامرة فقليل: إنهم من اليهود والصائبون من النصارى) ظاهرة، بل ما يدل عليه باقي كلامه وهو ما حققناه. وكلام المفيد والشيخ وإن كان المتبادر منه أنهم ليسوا منهم، إلا أنه يحتمل أن يريد به ما قلناه، إذ ليس في كلامهما ما يدل على أنهم لا يعدون منهم، فيحتمل أن يريد بكونهم غيرهم عدم لحوق أحكامهم لهم.

والحاصل من كلام المصنف التوقف في حل سأكحة كل من الطائفتين إلى أن تبين الحال في ذلك، وأن الاختلاف إنما هو في حال السامرة والصائبين لا في حكمهم؛ لأنهم على تقدير المخالفة في الأصول لا شك في تحريم نكاحهم، وعلى تقدير المحالفة في الفروع لهم حكم أهل الكتاب.

إذا تقرر ذلك فبأى طريق يعلم حالهم في المحالفة؟ لا ريب أن التواتر وشهادة عدلين طريق إلى ذلك، وكذا الشبايع. وهل يكفي قولهم؟ يحتمل قوياً ذلك؛ لأن اعتقاد المكلف أنها يعلم من قبله.

واعلم أن المشار إليه بهذين في قول المصنف: (ولا اعتبار بغير هذين) التوراة والانجيل، المدلول عليهما بذكر اليهود والنصارى. والمراد أن ما عدا التوراة والانجيل كصحف شيث وأدريس، وصحف إبراهيم، وزبور داود لا اعتبار بها في كون المنسويين إليها أهل الكتاب.

واختلف في سبب ذلك، فقليل: إنها لم تنزل عليهم بنظم تدرس وتتل، وإنما أوحى إليهم معانيها. وقيل: إنها حكم ومواعظ وآداب، وليس فيها أحكام وشرايع. وقيل: إنها كانت وحياً كما أخبر النبي صلى الله عليه وآله بأشياء من الوحي. وجملة القول أنه لم يثبت لغير اليهود والنصارى حرمة أهل الكتاب، فيتمسك فيهم بعموم المنع من مناكحة الكفار، ووجوب قتالهم إلى أن يسلموا.

ومن انتقل إلى دين أهل الكتاب بعد مبعث النبي عليه السلام لم يقبل منه ولم تثبت لأولادهم حرمة ولم يقرأوا عليه، وإن كان قبله وقبل التبديل قبل وأقر أولادهم عليه، وثبت لهم حرمة أهل الكتاب.

قوله: (ومن انتقل إلى دين أهل الكتاب بعد مبعث النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم تقبل منه، ولم تثبت لأولادهم حرمة، ولم يقرأوا عليه وإن كان قبله وقبل التبديل قبل وأقر أولادهم محله، وثبت لهم حرمة أهل الكتاب).

أراد المصنف بهذا البحث تحقيق حال أهل الكتاب، والأحوال أربعة؛ لأن أول دحوهم في ذلك الدين إما أن يكون قبل تطرق التحريف والنسخ إليه، أو بعدها، أو بعد لتحريف وقبل النسخ، فهذه أحوال ثلاثة، والرابع أن يشكل الأمر فلا يعلم شيء من ذلك.

وهي الأول لا شك في قبول ذلك لدينهم، وثبتت حرمة أهل الكتاب لهم ولأولادهم، وحوار مساكنتهم عند من يجوز مساكنة أهل الكتاب

وفي الثاني إن كان دحوهم بعد بعثة نبيا صلى الله عليه وآله ، لم يقرأوا عليه، ولم يثبت لهم حرمة أهل الكتاب، تسقط حرمة ذلك الدين بنسخه، ووجوب دحوهم في دين الاسلام. نقل المقداد في التنقيح الإجماع على أن من دخل في دين أهل الكتاب بعد مبعث نبيا صلى الله عليه وآله لا يقرأ عليه^(١)، وهذا مناف لما ادعاه الشارح فخر الدين في بحث الانتقال، وهو المطلب الثالث في ثبوت الخلاف في ذلك^(٢).

(١) التنقيح الرابع ١٠١٣

(٢) بصاح العوائد ٩٧٣

وهل اليهود بعد مبعث عيسى عليه السلام كهم بعد مبعث النبي صلى الله عليه وآله؟ اشكال، وإن كان بينهما فإن انتقل الى دين من بدل لم يقبل، وإلا قبل.

وإن كان الدخول بعد مبعث عيسى عليه السلام، وهو الذي أراده المصنف بقوله: (وهل اليهود بعد مبعث عيسى عليه السلام كهم بعد مبعث النبي صلى الله عليه وآله؟ فيه اشكال، ومنشأ الاشكال أنه حينئذ قد دخل في دين الباطل في اعتقاده، وفي نفس الأمر فلا يقبل منه ولا تفر أولاده عليه، ولعموم قوله تعالى: ﴿ومن يتبع غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه﴾^(١)

ومن عموم النص الدال على قرار اليهود والمصارى، خرج من ذلك من كان دخوله بعد مبعث نبيا صلى الله عليه وآله فيبقى، الباقى على حكمه وأما لا نعلم كيفية نسخ شرع عيسى عليه السلام لشريعة موسى عليه السلام، وهل نسخت بعضها أو كلها وفي القول قوة، لعموم النص الدال على الاقرار، ولم يثبت من النبي صلى الله عليه وآله تفرقه بين من كان قد تهود قبل مبعث عيسى عليه السلام وبعده ولا تفحص عن ذلك، وكون ذلك الدين حينئذ باطلا لا يمنع من احترامه.

قوله: (وإن كان بينهما، فإن انتقل الى دين من بدل لم يقبل، وإلا قبل).

هذا هو الحال الثالث، وهو أن يكون الدخول في دين أهل الكتاب والانتقال اليه بعد تبديله وتحريفه وقبل نسخه، وحكمه انه تمسك بالحق الذي ليس بمحرف، فلا شك في القبول، وإن تمسك بالمحرف لم يقبل منه على أصح الوجهين، لأن ذلك خارج عن ذلك الدين فهو كسائر الاديان الباطنة

ولو اشكل هل انتقلوا قبل التبديل أو بعده، أو دخلوا في دين من بدل أو لا، فالأقرب اجراؤهم بحكم المجوس.

ب: من له شبهة كتاب وهم المجوس.

ويحتمل ضعيفاً القول: لعموم النص، ولأن الصعابة تزوجوا منهم ولم يبحثوا عن أحوالهم. وليس بشيء؛ لأنهم بنوا على الظاهر من تمسكهم بالحق منه لا لرامهم به حيث لم يعلم خلافه، أما بعد العلم فلا.

قوله: (ولو أشكل هل انتقلوا قبل التبديل أو بعده، أو دخلوا في دين من بدل أو لا، فالأقرب اجراؤهم بحكم المجوس).

هذا هو الحال الرابع، وهو أن يشكّل الأمر ولا يحكم الدخول والانفال قبل التبديل والنسخ أو بعدها أو بينها وإن التمسك بالمبدل أو بغيره والأقرب عند المصنف في ذلك الأحذ بالاحتياط، فيجوز عليهم حكم المجوس، فيقررون بالحريّة تعليهاً لحقن الدماء. ولأنهم أولى بذلك من المجوس؛ لأنهم أهل كتاب حقيقة وإن لم يعلم حالتهم في تمسكهم فيه، وليس للمجوس إلا شبهة كتاب.

وعلى هذا فعل القول بالمنع من نكاح المجوس يمنع من نكاحهم، ولذلك حكمت الصعابة في نصارى العرب وهم يهر وينوح وتغلب.

ويحتمل الدم؛ لأن شرط الاقرار على التهود والتتصر الدخول قبل النسخ والتحريف، ولم يعلم، والجهل بالشرط يستلزم الجهل بالمشروط، والمجوس خرجوا بالنص. وفيه نظر؛ للمنع من كون ذلك شرطاً للاقرار وإنما العلم بعلاقه مانع منه، والأقرب ما قرره المصنف.

قوله: (الثاني: من لهم شبهة كتاب، وهم المجوس).

لما لم يكن المجوس أهل كتاب حقيقة، ولم يبلغوا في الحرمة مبلغ أهل الكتاب، أفردهم صنفاً برأسه. وإنها كانوا أهل شبهة كتاب؛ لما روي عن علي عليه السلام أنه

ج: من عدا هؤلاء، كالذين لا يعتقدون شيئاً، وعباد الأوثان والشمس والنيران وغيرهم.

أما الأول ففي تحريم نكاحهم على المسلم خلاف، أقرببه تحريم المؤبد دون المنقطع وملك اليمين، وكذا الثاني.

وأما الثالث فإنه حرام بالاجماع في أصناف النكاح الثلاثة.

قال «لهم كتاب بدلوه فأصبحوا وقد سرى به ورفع عنهم»

وفي قول للشافعي أنهم لم يكونوا أهل كتاب لينة لقوله عليه السلام: «سواهم سنة أهل الكتاب» وهو يشعر بأنهم ليسوا بأهل كتاب. كذا قيل، ولا ريب أنه لا يدل على أنه ليس لهم كتاب أصلاً.

قوله: (الثالث: من عدا هؤلاء الذين لا يعتقدون شيئاً، وعباد الأوثان والشمس والنيران، وغيرهم).

هذا هو الصف الثالث من أصناف الكفار، وهم من لا كتاب له ولا شبه كتاب، وهم عبدة الأوثان والنيران والشمس والنجوم، والصور التي يستحسنونها كالخجر والبقر والقمر والمعطة والزبادة، وكل مذهب يكفر معتقده وهم المتمسكون بصحف شيت ودريس وإبراهيم وزبور داود؛ لأنهم ليسوا أهل كتاب كما سبق.

قوله: (أما الأول ففي تحريم نكاحهم على المسلم خلاف، أقرببه تحريم المؤبد دون المنقطع وملك اليمين، وكذا الثاني، وأما الثالث فإنه حرام بالاجماع في أصناف النكاح الثلاثة).

لما ذكر أصناف الكفار الثلاثة بالسبب إلى جواز النكاح وعدمه، أردف ذلك أحكامها، وللأصحاب في ذلك اختلاف؛ فذهب بعضهم إلى تحريم نكاح الكتابيات

ولا تحمل المسلمة إلى أحد من أصناف الكفار الثلاثة، وإن سوغنا الدائم على الكتابية ثبت لها حقوق الزوجية كالمسلمة، إلا الميراث والقسمة فلها نصف المسلمة الحرة، والحد ففي قذفها التعزير.

مطلقاً^(١)، وبعضهم جَوَزَ الدائم والمقطع وملك اليمين^(٢) وبعضهم جَوَزَ المقطع وملك اليمين ومنع الدائم^(٣)، وهذا هو المختار ومقرب المصنف وأما المجوسيات فبعض من جَوَزَ نكاح الكتابيات مع نكاحهن^(٤) وبعض جَوَزَ وطأهن بملك اليمين دون العقد^(٥)، وبعض جَوَزَ المتعة وملك اليمين^(٦) وهو الأصح ومختار المصنف.

وأما الصف الثالث فلا خلاف بين أهل الإسلام في تحريم نكاح نسائهم دوماً ومتعة وملك يمين، وقد تعمم البحث في ذلك وذكر دلالاته مستوفى قوله: (ولا تحمل المسلمة على أحد من أصناف الكفار الثلاثة). لا خلاف بين أهل الإسلام في أنه لا يجوز للمسلمة نكاح الكافر، أي الأصناف الثلاثة كان، وقد ورد النص على ذلك في الكتاب^(٧) والسنة^(٨). قوله: (وإن سوغنا الدائم على الكتابية ثبت لها حقوق الزوجية كالمسلمة، إلا الميراث والقسمة فلها نصف المسلمة الحرة، والحد ففي قذفها التعزير).

(١) ذهب إليه الشيخ الطوسي في التهذيب ٢٩٦٧ ولبيان ٢١٧٢

(٢) عنه في التنقيح الرائع ٩٦٣ عن ابن أبي عمير

(٣) ذهب إليه سلال في المرسوم ١٤٨

(٤) منهم ابن إدريس في السرائر ٢٩١

(٥) عنه في التنقيح الرائع ٩٩٣ عن ابن بابويه

(٦) منهم الشيخ الطوسي في النهاية ٤٥٧

(٧) النساء ١٤١

(٨) الكافي ٤٣٥/٥ حديث ٢

وعقد أهل الذمة إن كان صحيحاً عندهم أقروا عليه، وإلا فلا.

إذا جورنا نكاح الكتابية يوماً كما هو مذهب بعض الأصحاب^(١)، أو أسلم زوج الكتابية عند الجميع فإنه يكون كالمسلمة في النفقة والمهر والطلاق والسكنى وأحكام الأيلاء، فيطالب عند انتهاء المدة بالنفقة أو الطلاق والظهار واللعن بالجملة فعامة حقوق الزوجية، لأن النكاح عقد معاوضة فاستوت فيه المسلمة والكافرة كالبيع والاجارة، ولعموم دلائل تلك الحقوق الشاملة للكافرة كالمسلمة، لكن يستثنى من ذلك الميراث، فإنها لا يرث الزوج^(٢) بكم يرثها هو، لأن الكافر لا يرث المسلم ويرثه المسلم عندما على ما سواي إن شاء الله تعالى.

وأذا مات الزوج المسلم لم يكن للكافرة نصيبه عندما؛ لا طلاق العناء على أن المسلم لا يفسله إلا مسلم.

وكذا يستثنى القسمة، فإن الكافرة وإن استحققتها في الجملة إلا أنها إنما تستحق نصف المسلمة الحرة.

وكذا يستثنى الحسد، فإن قذفها إنما يوجب لتعزير خاصة، وكذا القول في القصاص، وهذان ليسا من حقوق الزوجية.

وكذا يستثنى ماء العسل إن أوجبه للمسلمة، فإنه لا يجب للكافرة إذ لا يصح غسلها، وكذا الحضنة فإن الأب المسلم ولي من الأم الكافرة.

قوله: (وعقد أهل الذمة إن كان صحيحاً عندهم أقروا عليه، وإلا فلا).

أنكحة أهل الذمة صحيحة، وكذا طلاقهم واقع عند عامة أهل الإسلام، إلا مالكاً فإنه قال: لا تصح أنكحتهم ولا يفع طلاقهم، وإنما يقررون عليها^(٣)، وليس

(١) انظر: المعنى لابن قدامة ٥٦٢٧، المجموع ١٦ ٢٩٩

(٢) نقله في ابصاح لمؤلفه ٢٢٣ عن ابن أبي عمير

وكذا أهل الحرب، إلا في شيء واحد وهو أن المحربي إذا قهر امرأة من المحريّات وأسلم أقر عليها إن كان يعتقد ذلك نكاحاً.
ولو قهر الدمي ذمية لم يقر عليها بعد الإسلام؛ لأن على الإمام الذب عنهم ودفع من قهرهم.

بشيء، فإن قوله تعالى ﴿وَأَمْرُهُمْ كَمَوْلَاكُمْ﴾^(١) وقال تعالى ﴿وَقَالَتِ امْرَأَةُ فِرْعَوْنَ﴾^(٢) أطلق عليها سبحانه كونها امرأة، وذلك دليل على صحة نكاح، وعلى هذا فنرتب عليها أحكام النكاح الصحيح من الطلاق والظهار والايلاء ووجوب المهر والقسم ولاحصان، وغير ذلك.

ومتى ظاهر من أمراته ثم نسمي فعليه كفارة لظهار، لعموم قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ بَطَّأُوا عَلَى اللَّهِ فِي أَهْلِ الْبَيْتِ﴾^(٣) وإن أتى تحت حكم الأيلاء، وكذا النعان، وغير ذلك.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المعتبر في صحة نكاح أهل الكفر كونه صحيحاً عندهم، ليأمرهم مقتضاه ويقرون عليه وإن كان فاسداً عندهم، أما لو كان فاسداً عندهم فإنهم لا يقرون عليه لا اعتقادهم أنه ليس بنكاحاً، لكن يجب أن يستثنى من هذا ما إذا كان فاسداً عندهم صحيحاً عندهم فإنهم يقرون عليه قطعاً، وسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى استثناء ذلك في كلام المصنف وتحقيق الكلام في انكاحهم.

قوله: (وكذا أهل الحرب إلا في شيء واحد، وهو أن المحربي إذا قهر امرأة من المحريّات وأسلم أقر عليها إن كان يعتقد ذلك نكاحاً، ولو قهر الدمي ذمية لم يقر عليها بعد الإسلام؛ لأن على الإمام الذب عنهم ودفع من

(١) السد: ٤

(٢) القصص: ٩

(٣) المجادلة: ٣

قهرهم).

أي: وكذا عقد أهل الحرب إن كان صحيحاً عندهم أقروا عليه، هكذا مقتضى التشبيه، إلا أنه لا يحس موقع الاستثناء حينئذٍ، وقد كان الأحسن أن يبدأ بأهل الحرب ثم يشبه بهم أهل الذمة في ذلك، ليصير الاستثناء محتاجاً إليه والحاصل أن نكاح أهل الذمة وأهل الحرب سواء، إن اعتقدوه صحيحاً حكم بصحته عندنا وأقروا عليه، وإن اعتقدوا فسادَهُ فهو فاسد لا يقرون عليه بعد الإسلام، وكذا قبله إذا تراءفوا إليها، لا إذا اعتقدوا فسادَهُ وكان صحيحاً عندنا فإنهم يقرون عليه كما سيأتي.

ولا يستثنى من هذه الملاحظة إلا مسألة واحدة وهي ما إذا اعتد الكافر قهر المرأة نكاحاً، فإنه إذا قهرها على جهة النكاح ثم أسلم أو تراءفها إليها، فإن المرأة إن كانت حربيه حكم بصحة ذلك النكاح كغيره من الأنكحة التي لا تطابق الوجوه المعتبرة في النكاح.

وإن كانت ذمية لم يحكم بصحته ولم يقر عليه؛ لأن أهل الذمة محبب على الإمام الذب عنهم ودفع انقهر عنهم، ومنى وجب في شرع الإسلام دفع هذا القهر امتنع الاقرار عليهم والحكم بصحته وستمادته، وهذا مباحث

الأول: قوله: (الحربي إذا قهر امرأة من الحربيات) ذكر الحربي غير محتاج إليه، بل الأولى تركه، فإن الذمي لو قهر الحربية معتقداً أن ذلك هو النكاح كان كما لو قهرها الحربي بغير فرق.

الثاني: لا بد من اعتقاد كون لقهر نكاحاً أن يكون الفرض به النكاح، فلو قهرها على قصد الاسترقاق مثلاً ثم أسلم، أو تراءفها إليها لم يحكم بالنكاح، والعبارة خالية من ذلك.

الثالث: قوله: (وإن قهر الذمي ذمية) ذكر الذمي غير محتاج إليه أيضاً، فإن

ولو نكح الكتابي وثنية وبالعكس لم يفسخ النكاح، والأقرب إلحاق الولد بأشرفهما كالمسلم.

الحربي لو قهر دمية ثم أسلم أو رفع الأمر لينا، كان الحكم واحداً في وجوب المنع. وقد يقال قوله: (لم يقر عليها بعد الاسلام) غير كاف في بيان حكم المسألة، بل كان ينبغي أن يقول: لم يقر عليها بعد الاسلام وقبله.

ويمكن دفعه بأن التعليل بقوله: (لأن على الإمام الذب عنهم) مشعر بذلك، فأغنى عن التصريح

قوله: (ولو نكح الكتابي وثنية وبالعكس لم يفسخ النكاح، والأقرب إلحاق الولد بأشرفهما كالمسلمين).

إذا نكح الكتابي وثنية أو نكح الوثني كتابية، كان النكاح صحيحاً كغيره من انكحة الكفار فإن الكفاءة حاصلة.

ونكاح الكفر محكوم بصحته كما سبق، فلا مانع من الحكم بالصحة، وعدول المصنف عن التعبير بصحة النكاح إلى قوله: (لم يفسخ النكاح) ليس لأنه لا يرى صحته، إذ لو لم يكن صحيحاً لكان مفسوخاً، وإنما هو نفس في العبارة

فعل هذا بأي الطرفين يلحق الولد بالكتابي أم بالوثني؟ فيه وجهان أقربهما عند المصنف الأول، وذلك لأنه قد ثبت شرعاً أن الولد يتبع أشرف الطرفين، فإذا كان أحدهما حراً أو مسلماً والآخر رقيقاً أو كافراً، يتبع الحر والمسلم دون الآخر، فكذا هنا؛ لأن الكتابي أشرف من الوثني فإنه يقر بالحزبية ويجوز مناكحته، بخلاف الوثني.

فإن قيل: أشرف أفعال التفضيل، فيدرم أن يكون لكل من الذميين شرف؛ لأنها يقتضي الاشتراك في المطلق وزيادة أحدهما على الآخر.

قلنا ليس بلام، كما في قوله تعالى ﴿أصحاب الجنة يومئذ خير مستقراً﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿أفمن يمشي مكباً على وجهه أهدى أمن يمشي سوياً على صراط مستقيم﴾^(٢) ويحتمل العدم، وهو الوجه الثاني، فلا تحمل المناكحة تظليماً للتعريم كالمتولد بين المأكول وغيره.

وفرق بعضهم بأن الاسلام يعدو ويغلب سائر الأديان، وسائر الأديان تتقاوم ولا يغلب بعضها على بعض. ومن ثم قلنا إن الكفر ملة واحدة، فعلى هذا فهل يفرق بين ما اذا كان الولد صغيراً وبين ما اذا بلغ وتدين بدين الكتابي من أبويه؟ ذهب بعض العامة إلى الفرق، يحوز المناكحة على التقدير الثاني، وينفي عدم الفرق؛ لأن تدين الولد لا اعتبار به من حوز اللعان، وما قرره المصنف أقرب؛ لأن الكفر وإن كان ملة واحدة إلا أنه لا ريب في ثبوت المرید والشرف لبعض على بعض، ولهذا تجوز مناكحته لبعض ويقرون على دينهم دون البعض الآخر، وهنا مباحث.

الأول: على الاحتمال لثاني، وهو عدم الالتحاق بالأشرف، لو بلغ واعتقد دين لكتابي من أبويه، فهل يقر بالحرية؟ صرح المصنف في التذكرة بذلك^(٣)، وهو أصح وجهي الشافعية^(٤)، تظليماً لحقن لدماء واسع في النكاح للاحتياط.

الثاني، لو تولد بين يهودي ومهرسي، وقلنا إن الولد يتبع الأشرف، فإذا بلغ واحتار التمجس فهل يمكن منه؟ يحتمل ذلك، لانتفاء المانع، ولم يصرح المصنف في التذكرة بشيء.

(١) الفرقان، ٢٤.

(٢) الملك، ٢٢.

(٣) التذكرة ٢: ٦٤٨.

(٤) المجموع ١٦: ٢٣٥، معي المحتاج ١٨٩٣.

وإذا تحاكم أهل الذمة لينا، تخير الإمام بين الحكم بينهم وبين ردهم إلى أهل ملتهم إن اتفق الغريبان في الدين، وكذا إن اختلفا على أشكال في الرد.

فإن قلنا بالرد احتمال إلى من يختاره المدعي أو الحاكم أو الناسخ؛ لموافقة رأيه رأي الحاكم في بطلان المنسوخ.

الثالث بين الشارح الفاضل ولهم المصنف الأمر على أن الكفر ليس بملة واحدة^(١)، وليس بواضح لأن كونه ملة واحدة لا يمنع من أشرفية بعض الكفار على بعض باعتبار الاعتماد.

قوله: (وإذا تحاكم أهل الذمة لينا، تخير الإمام بين الحكم بينهم وبين ردهم إلى أهل ملتهم إن اتفق الغريبان في الدين، وكذا إن اختلفا على أشكال. فإن قلنا بالرد احتمال إلى من يختاره المدعي أو الحاكم أو الناسخ، لموافقة رأيه رأي الحاكم في بطلان المنسوخ)

لما ذكر صاحبنا في نكاح لكفار باعتبار تقريرهم عليه إذا أسلموا وتحاكموا لينا، أشار إلى بيان حكم تحاكمهم لينا، وجملة لقول في ذلك: إن أهل السنة إذا تحاكموا إلينا في حقوق الأديين فما أن يتفق الغريبان في الدين، أو يختلفا فيه. فإن اتفقا تخير الإمام في الحكم بينهم وبين ردهم إلى ملتهم عند الأكثر؛ لقوله تعالى: ﴿فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾^(٢)

والمراد بالاعراض عنهم وقه اعلم. ردهم إلى حكم ملتهم؛ لأنه لا يجوز تركهم على النزاع المسجر إلى الفتنة.

وقيل بوجوب الحكم بينهم، وإن هذه الآية مسبوخة بقوله تعالى: ﴿وأن احكم

(١) بضاغ الموائد ٩٨٣

(٢) لمائدة ٤٢.

بينهم بها أنزل الله^(١) وإن على الامام دفع الظلم عنهم، وردهم إلى ملتهم يتصمن الظلم. والحق أن الآية محكمة، والظلم الذي يجب دفعه عنهم هو ما عدا ظلم دينهم؛ لأنهم يقرون عليه ويعتقدونه حقاً.

وإن اختلف الفريقان في الدين فكذلك يتخير الامام بين الحكم والاعراض على اشكال ينشأ: من عموم الآية الشامل للمعتقين في الدين والمختلئين، ولا يخص هذا العموم في الكتاب والسنة. ومن أن الاعراض هنا يستلزم الرد إلى ملة أحد الخصمين، ويلزم منه محذورات:

الأول: الظلم، فإن الحكم على الآخر بغير حكم الاسلام، وما التزمه من دينه الذي يقر عليه ظلم قطعاً، يجب على الامام ازالته بمقتضى الذمة وبمقتضى قوله تعالى: ﴿وإن احكم بينهم بها أنزل الله﴾.

الثاني: الخروج عن مقتضى عقد الذمة؛ لأن الذي تراصموا وايهاهم عليه تقريرهم على دينهم واحراء أحكام الاسلام لهم، والرد إلى أحد الملتين خروج عن ذلك بالنسبة إلى الخصم الآخر.

الثالث: إن الاعراض لو جاز لزم أحد الأمور الثلاثة الآتية، وهي: إما الرد الى من يختاره المدعي، أو الحاكم، أو السسخ، واللام بأقسامه محذور باطل. بيان الملازمة انحصار الأمر على تقدير الرد في الأمور الثلاثة بالاستقراء.

ووجه الأول أن يعتبر الحاكم حق المدعي، ووجه الثاني أن الحاكم هو المأمور بالحكم أو الرد فإليه التعيين.

ووجه الثالث ما ذكره المصنف من قوله: (الموافقة رأيه رأي الحاكم في بطلان المنسوخ).

ولو تحاكم المستأمنان فكذلك.
ولو ترافع مسلم وذمي أو مستأمن وجب الحكم بينهما، وكل موضع
يجب الحكم لو استعدى الخصم أعداءه.

وبيان بطلان الالتزام أن تعيين المدعي لغير من يجور عليه حكمه لا أثر له، ولا
يجور للحاكم تعيين من حكمه ظلم لم يترمه الخصم، وللتنازل باطلان لنسحبها فهما
سواء في ذلك، ولأصح وجوب الحكم هنا وهذا كله في حقوق الأدميين، أما حقوق
الله تعالى فهي في حكمها في الحدود.

قوله: (ولو تحاكم المستأمنان فكذلك).

أي، تحيّر الحاكم بين الحكم والرد مع اتفاق لدين ومع الاختلاف الاشكال،
لكن قد يقال هنا إن المستأمن لا يجب دفع الظلم عنه دأ وقع من بعضهم، فأما إذا
ظلمهم المسلمون وجب على الإمام لهمي عن المكر، فلا يجب الحكم بينهما بحال، أما
د ترافع ذمي ومستأمن فإن وجوب الحكم هنا متعده كالمسلم والمستأمن

قوله: (ولو ترافع مسلم وذمي أو مستأمن وجب الحكم بينهما).
لأنه لا يجور رد المسلم إلى غير ملة الاسلام، ولا الاعراض عن الحكم بینه
وبين خصمه لو كان مسلماً، فكيف إذا كان ذمياً أو مستأماً

قوله: (وكل موضع يجب الحكم لو استعدى الخصم أعداءه)

قال في القاموس، استعداد استغنه واستنصره^١، ويقال أعدا ريد عليه نصره
وعأنه وقواء، والمراد أن كل موضع يجب على الحاكم الحكم على تقدير الترافع، فإذا
استعدى الخصم الحاكم على خصمه على تقدير عدم الترافع طالباً احصاره قبل الحكم
وجب على الحاكم اجابته.

وإن كان بعد قبض بعضه سقط بقدر المقبوض ووجب بنسبة الباقي من مهر المثل أو القيمة، فإن كان عشرة أزقاق خمر قبضت خمسة، فإن تساوت برئ من النصف، وإن اختلفت احتمل اعتبار العدد إذ لا قيمة لها، والكيل، والأقرب القيمة عند مستحليه.

برئ الزوج).

وإن كان قبل قبض شيء منه فلا ريب في وجوب مهر، ولا يجوز الحكم بالمسمى، لامتناع ذلك في شرعنا، بل يجب على الحاكم الحكم بمهر المثل، لأنه إذا فسد المسمى وجب مهر المثل.

ويحتمل قوياً عند المصنف وجوب قيمته عند مستحليهم، لأن المسمى لم يفسد، بل صح فيما بينهم ولزم، ولهذا لو قبضته لم يجب لها غيره، بل تعذر الحكم به فوجب المصير إلى قيمته عند مستحليه؛ لأنه أقرب شيء إليه.

ومثله ما لو جرى لعقد على غير تعذر تسليمها، فإنه يصار إلى قيمتها، ولأن مهر المثل قد يبرئ عن قيمة المسمى، ولو حكم به لزم الروح بزيادة عما في ذمته مع عتواف الروجة بعدم استحقاقها، وقد ينقص فتمنع لروحة بعض حقها مع اعتواف الروح بثبوتها، وأنه يجب الحكم بقيمة الخمر المحرمة لو تلفها متلف على دمي وترافعا اليها.

ومثله ما لو جعلها تمناً في البيع، وكذا الصبح وغيرها، فلا مانع من الحكم بالقيمة هنا، فالأصح الاحتمال الثاني.

قوله: (وإن كان بعد قبض بعضه سقط بقدر قيمة المقبوض، ووجب بنسبة الباقي من مهر المثل أو القيمة، فإن كان عشرة أزقاق خمر قبضت خمسة، فإن تساوت برئ من النصف، وإن اختلفت احتمل اعتبار العدد إذ لا قيمة لها، والكيل، والأقرب القيمة عند مستحليه).

هذه هي الصورة الثالثة، وهي ما اذا ترافعا اليها بعد قبض بعض المهر، وحكمه سقوط قدر ذلك المقبوض من المهر وبراءة الدمة منه، ويبقى في الدمة باقية، فتحب بنسبة الباقي من مهر المثل وقيمة بناء على الاحتمالين السابقين، فيسب ما بقي من المهر إلى مجموعه، ويؤخذ بتلك نسبة من مهر المثل أو من القيمة قايماً أن يكون جنساً واحداً أو جنسين، والحس الواحد إما أن لا يكون فيه تعدد كزق خمر، أو يكون كزقي خمر. وإما أن يتساوى في القدر أو يختلف، فإن كان الحس واحداً لا تعدد فيه فالحكم ظاهر، فإن كان المقبوض نصفه فالواجب نصف مهر المثل أو نصف القيمة على الاحتمالين.

وكذا غير النصف من الأجزاء كثلث ورابع وغيرهما، وكذا لو كان فيه تعدد واستوى قدر أحاده كزقي خمر متساويين قدرأ كيلا ووزناً.

ولو اختلف الأحاد قدرأ احتمل اعتبار العدد، فينسط عليه مهر المثل ولا ينظر إلى التفاوت، فإذا كان المهر قدر عشرة ارقاق مثلاً، وقد قبضت خمسة منها وحسب نصف مهر المثل.

وإن تفاوتت قدرأ فإنه لا قيمة لها ولا تعد مالاً، والقليل منها مثل الكثير في المالية، فتعتبر الحرية بعدد آحادها. ويحتمل اعتبار القدر؛ لأن الحرية الحقيقية إما تكون باعتبارها، فيحتمل اعتبار الكيل لا اعتباره فيما يتساوى اجزؤه ويحتمل الوزن؛ لأنه أضبط.

ولو كان الصداق خمرين أو كليين، فعل اعتبار العدد لا بحث، وعلى اعتبار القدر يقدر قيمتها بقدر ماليتها، ويسب قيمة ما بقي إلى مجموع القيمتين، ويؤخذ من مهر المثل بتلك النسبة.

ولو تعدد لحس كزقين وثلاثة حنابير احتمل اعتبار عدد الاجناس، فإذا قبضت الحمر بقي من المهر نصفه فيحب نصف مهر المثل، ووجهه انتفاء المالية فينظر

وطلاق المشرك واقع، فلو طلقها ثلاثاً ثم أسلم لم تحل له حتى تنكح
غيره.

وإذا تحاكموا إلينا في النكاح أقر كل نكاح لو أسلموا أقرهم عليه.

إلى التعدد الجنسي.

ويحتمل اعتبار عدد الأحاد، فيكون الباقي ثلاثة إحساس المهر ويحتمل
تقويمها بقدر ماليتها وحيث قلنا بالتقويم وتقدير لداية، فإنها يعتبر ذلك بملاحظة
القيمة عند من يستحلّه ويعدّه مالاً، والأقرب عند المصنف اعتبار القيمة للمسمى عند
مستحليه في جميع ذلك

ووجه القرب أن هذه لا قيمة لها عند الشارع، وإياها حفظت على الذمي
وصحت معاملاته عليها لأنها أموال بزعمه، وقد أقره الشارع على ذلك وصح مسلها
قيمتها بزعمه، فحجة ماليتها هي هذه لا غير فهي ماط تقويمها.

واعلم أن المصنف اقتصر على ذكر الكيل في التقدير؛ إما لأنه أشيع فيها تساوت
أحرازه، ولأن ذكره يسهل على اعتبار الورن، وقد صرح به في التذكرة^(١)

قوله: (وطلاق المشرك وقع، فلو طلقها ثلاثاً ثم أسلم لم تحل حتى
تنكح زوجاً غيره).

قد سبق بيان اعتبار طلاق لمشرك، وهو فرع على أن نكاحه معتبر، وقد بينا
وجهه فيما سبق، وعمومات الكتاب ولسة في اطلاق تناول طلاق المشرك، فعلى هذا
لو طلق زوجته ثلاثاً ثم أسلم حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره. ولو طلق تسعاً لعدة
حرمت مؤبداً، إلى غير ذلك من أحكام الطلاق، وكما يحكم بصحة نكاحه إذا كان
صحيحاً عندهم فكذا طلاقه.

قوله: (وإذا تحاكموا إلينا في النكاح أقر كل نكاح لو أسلموا أقرهم
عليه).

ولو طلق المسلم زوجته .لدمية ثلاثاً، ثم تزوجت ذمياً، ثم طلقها،
حلت للأول متعة ودواماً على رأي، ويشترط الاسلام على رأي.

هذا مشعر بأن ما سبق من قوله (وعقد أهل الدمة إن كان صحيحاً عندهم
أقروا عليه) المراد به اقرارهم عليه بعد سلامهم، وإلا لم يكن لذكر هـ فائدة، لكن
ظاهر العبارة السابقة يتناول بطلاقه م اذا اسلموا وما اذا تحاكموا اليها.

قوله: (ولو طلق المسلم زوجته الدمية ثلاثاً، ثم تزوجت ذمياً، ثم
طلقها، حلت للأول متعة ودواماً على رأي) ويشترط الاسلام على رأي).
يتصور كون الدمية زوجة للمسلم حينما اذا أسلم روح الكتابية بعد أن طلقها
طلقتين ثم تزوجها واسلم وطلقها.

وعلى رأي من يجوز للمسلم بكسح الكتابية دواماً، والأربط بعبارة الكتاب هو
لفرض الأول، فإنه لو أريد الثاني لكان بناء على جواز نكاح لكتابية للمسلم
مطلقاً

وحيث لا يحس قوسه بعد ذلك: (حلت للأول متعة ودواماً على رأي...)
ومقصود البحث التنبه على جواز كون الذمي محلاً

وتحقيقه، ان المسلم اذا طلق زوجته الدمية ثلاثاً، ثم تزوجت ذمياً ثم طلقها،
فإنها تحل للأول متعة ودواماً على قول من يجوز للمسلم نكاح الكتابية مطلقاً، وعلى
قول من يجمع نكاحها فإنها تحل له بشرط اسلامها.

ومحصل ذلك أن التحريم الناشئ عن لتطبيق ثلاثاً قد زال بنكاح الذمي لها
وتطبيقه ايها؛ لأن نكاح الكفر صحيح، وكذا الطلاق الواقع حال الكفر.

وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَتَّخِذَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾^(١)
شامل للذمي، وإذ زال التحريم بالتطبيق ثلاثاً بقي التحريم بالكفر عند من يقول به.

ويمكن أن يكون الرأي الأول في عبارة مخصوصاً بقوله. (دواماً)، ويكون قوله: (حلت للأول متعة) هو فتوى المصنف، وهو حسن. ولا يتوهم أن الرأي في قوله. (حلت للأول متعة ودواماً على رأي) يشير به إلى الخلاف في صحة تحليل النسيء، بناء على أن مكاح الكفر وطلاقه غير صحيح. أما أولاً؛ فلأن المحالف هنا مالك^(١)، ومثل هذا الخلاف لا يتعرض إليه المصنف في مثل هذا الكتاب.

وأما ثانياً؛ فلأنه لو كان كذلك لم يكن للتعرض إلى المتعة والدوام وجه، لأنه لا تماوت بينهما بالنسبة إلى التحليل، وإنما ينفاتان بالنسبة إلى كون الزوجة كافرة، على أنه لو أريد هذا لكان معنى قوله: (ويشترط الإسلام على رأي) ويشترط اسلام الروح المطلق حين الطلاق.

والمتبادر من العبارة إنما هو اشتراط سلام الزوجة؛ لأنها المحدث عنه بقوله: (حلت)، ولا تنفاه الاحتيار إلى تقدير محدود، والأمر واضح، وهنا فائدة: وهي أنه إذا طلق المسلم زوجته الدمية ثلاثاً، ثم تروحت ذمياً وطلقها، فإن كان المسلم قد تزوجها في حال الكفر ثم أسلم، فإنها تحل له بعد اسلامها دواماً ومتعة قطعاً على القول بصحة نكاح الكفر وعدمه.

أما على الصحة فواضح، وأما على عدمه، فإن بطلان النكاح يستدعي بطلان الطلاق المبني عليه فينتفي التحريم بسببه وإن كان المسلم قد تزوجها حال اسلامه، بناء على جواز نكاح الكتابية مطلقاً فإنها لا تحل له بتحليل النسيء بناء على بطلان نكاح الكفر.

ولو طلق النسيء زوجته ثلاثاً ثم أسلم لم تحل له إلا بالتحليل، بناء على صحة نكاحهم لا على بطلانه.

المطلب الثاني: في الانتقال: إذا أسلم زوج الكتابية دونها، بقي على نكاحه قبل الدخول وبعده دائماً ومنقطعاً، سواء كان كتابياً أو وثنيّاً. وإن أسلمت دونه قبل الدخول بفسخ النكاح ولا مهر. ولو أسلمها دفعة فلا فسخ، وبعده يقف على انقضاء العدة إن كان كتابياً، فإن مضت ولم يسلم ففسد العقد على رأي وعليه المهر، أما المسمى أو مهر المثل، وإن أسلم فيها فالتكاح بحاله.

قوله: (المطلب الثاني: في الانتقال: إذا أسلم زوج الكتابية دونها، بقي على نكاحه قبل الدخول وبعده دائماً ومنقطعاً، سواء كان كتابياً أو وثنيّاً).
مقصود هذا الفصل الانتقال من دين إلى دين، وإقسامه ثلاثة، وذلك لأنه إما أن يكون الانتقال من دين باطل إلى دين حق، أو من دين باطل إلى دين باطل، أو من دين حق إلى دين باطل وهو الارتداد.

والكلام في القسم لأول إما من جهة انتقال الزوج أو الروجة، فإذا أسلم الزوج والروجة كتابية بقي النكاح، سواء كان الإسلام قبل الدخول أو بعده، وسواء كان النكاح دائماً أو منقطعاً، وسواء كان الزوج كتابياً أو وثنيّاً. ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء، سواء المعوزين نكاح الكتابية والمأهين، والخلاف إنما هو في ابتداء المسلم نكاح الكتابية لا في استدامته، ولا محذور في ذلك؛ لأن الابتداء أضعف من الاستدامة.

قوله: (وإن أسلمت دونه قبل الدخول بفسخ النكاح ولا مهر، ولو أسلمها دفعة فلا فسخ، وبعده يقف على انقضاء العدة إن كان كتابياً، فإن مضت ولم يسلم ففسد العقد على رأي وعليه المهر، إما المسمى أو مهر المثل، وإن أسلم فيها فالتكاح بحاله).

وأما غير الكتابيين فأيهما أسلم قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال، وإن أسلما دفعة فالنكاح بحاله، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة، فإن أسلم صاحبه فالنكاح بحاله، وإلا بطل.

وأما غير الكتابيين فأيهما أسلم قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال، وإن أسلما دفعة فالنكاح بحاله . وإلا بطل).

قد سبق حكم ما إذا أسلم زوج الكتابية، فأما إذا أسلمت هي دونه، فلما أن يكون قبل دخوله بها أو بعده، فإن كان قبل الدخول انفسخ النكاح قطعاً؛ لامتناع كون الكافر زوجاً للمسلمة ولا مهر؛ لأن العرقه جاءت من قبل الزوجة فلم يستحق مهر.

ولو أسلما معاً قبل الدخول ثبت النكاح ولم يحصل فسخ؛ لاستفاء المفتضي للفسخ وإن كان اسلام الزوجة دونه بعد لدخول وقف فسخ النكاح على انقضاء عدتها عدة الطلاق من حين تحدد اسلامها.

فإن انقضت العدة وهو على كفره تبين أنها بات منه من حين اسلامها، وإن أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح. ولا فرق في ذلك بين أن يكون الزوج كتابياً أو وثياً.

وإنما قيد المصنف بقوله: (إن كان كتابياً) ليبقى عليه قوله. (فإن مضت ولم يسلم فسد لعقد على رأي) فإن الخلاف بها هو في لكتابي دون الوثني.

وتحرير البحث فيه إنه إذا أسلمت زوجة الذمي ولم يسلم حتى خرجت عدتها، للأصحاب قولان.

أحدهما: واختاره الشيخ في النهاية^(١) بقاء النكاح، غير أنه لا يمكن من

الدخول عليها ليلاً، ولا من لخلوة بها، ولا من احراجها من دار الهجرة إلى دار الحرب ما دام قائماً بشرائط الذمة.

واحتج على ذلك به رواه جميل بن دراج عن أحدهما عليهما السلام: في اليهودي والنصراني والمجوسي إذا أسلمت امرأته ولم يسلم قال: «هما على نكاحهما ولا يفرق بينهما، ولا يترك يخرج بها من دار الاسلام إلى الهجرة»^(١).

وما رواه محمد بن مسلم في الحسن عن الباقر عليه السلام قال: «إن أهل الكتاب وجميع من له ذمة إذا أسلم أحد الزوجين هما على نكاحهما، وليس له أن يخرجها من دار الاسلام إلى غيرها ولا يبيت معها ولكنه يأتيها بالنهار، وإنها المشركون مثل مشركي العرب وغيرهم فهم على نكاحهم إلى انقضاء العدة.

فإن أسلم الرجل ثم أسلمت المرأة قبل انقضاء عدتها فهي امرأته، وإن لم يسلم، لا بعد انقضاء العدة فقد مات منه ولا سبيل له عليها، وكذلك جميع من لا ذمة له»^(٢) لحدث.

وجوابه: إن الرواية لأولى بضعفة مرسله، والثانية معارضة بها هو أقوى منها، والقول الثاني بطلان النكاح وإليه ذهب عامة لأصحاب، لصحيفة محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: سألت عن الرجل يكون له الزوجة النصرانية فتسلم، هل يحل لها أن تقيم معه؟ قال: «إذا أسلمت لم تحل له».

قلت: جعلت فداك فإن أسلم الزوج بعد ذلك أيكونان على النكاح؟ قال: «لا إلا بتزويج جديد»^(٣).

وفي معاصها رواية السكوني^(٤)، وهذا أصح وعليه الفتوى.

(١) التهذيب ٣٠٠٧ حديث ١٢٥٤، الاستبصار ٣: ١٨١ حديث ٦٥٨

(٢) الكافي ٢: ٢٥٨ حديث ٩، التهذيب ٣٠٢٧ حديث ١٢٥٩، الاستبصار ٣: ١٨٣ حديث ٦٦٣

(٣) التهذيب ٣٠٠٧ حديث ١٢٥٥، الاستبصار ٣: ١٨١ حديث ٦٥٩

(٤) التهذيب ٣٠١٧ حديث ١٢٥٧، الاستبصار ٣: ١٨٢ حديث ٦٦١.

وإذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد العقد في الحال، ولا مهر إن كان من المرأة، وإلا فالنصف، ويحتمل الجميع إن كان عن فطرة.

واعلم أن عبارة المصنف مشعرة بأن موضع الخلاف ما إذا كان أسلام الزوجة بعد الدخول، وكذا يظهر من عبارة الشيخ في النهاية^(١)، إلا أن الدليل صالح لما قبل الدخول أيضاً.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه إذا انقضت العدة ولم يسلم وحب المهر، أما المسمى إن كان قد سمي مهراً، وإلا فمهر مثلي، ولو أسلم في العدة فالنكاح بحاله، وإذا كان الزوجان وثنيين فلا خلاف في أنه إذا أسلم أحدهما قبل الدخول انفسخ النكاح، سواء كان المسلم الزوج أو الزوجة.

أما إذا أسلم الزوج، فإنه لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابية ابتداءً ولا استدامةً، وأما إذا أسلمت الزوجة فأظهر، وإن كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة، فإذا انقضت ولم يسلم الآخر تبيح حصول البينونة من حين الاسلام، فإذا أسلم فالنكاح بحاله.

ولا يحمي أن في عبارة المصنف مناقشة، فإن قوله (وأما غير الكتابيين) يتناول لما إذا كان أحد الزوجين كتابياً والآخر وثنيّاً، ويندرج فيه ما إذا كانت الزوجة كتابية، فإن الزوج إذا أسلم لا يفسخ النكاح أصلاً قبل الدخول ولا بعده.

وكذا يندرج فيه ما إذا كان الزوج كتابياً وأسلمت الزوجة ولم يسلم، فإن في بقاء النكاح وفساده خلاف سبق، وكل من المسألتين المذكورة في عبارة المصنف، ولو أنه قال: وأما الوثنيان، بدل قوله. (وأما غير لكتابيين) لكان أولى.

قوله: (فإن ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد العقد في الحال ولا مهر إن كان من المرأة، وإلا فالنصف، ويحتمل الجميع إن كان عن فطرة).

هذا هو القسم الثاني من أقسام الانتقال، وهو الانتقال من دين الحق الى دين الباطل، وهو الارتداد عصمنا الله تعالى منه ومن كل ما يكره، وهو قد يكون عن فطرة. وحكمه عدم قبول توبته إن كان رجلاً، بل يقتل وتخرج أمواله عنه بنفس الارتداد وتبين زوجته عنه ويعتد عدة الوفاة.

وقد يكون عن ملة، وحكمه أنه يستتاب، فإن تاب ورجع قبل رجوعه، ولا تخرج أمواله عنه بل يحجر عليه في أمواله، ويستطير بمسكوحاته المدخول بهن العدة. إذا تقرر ذلك فاعلم أن من ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد النكاح في الحال عند عامة أهل العلم إلا دارد الظاهري^(١). ثم إن كان المرتد هو الزوج فلا شيء لها، لأنه مسح جاء من قبلها قبل الدخول.

وإن كان هو الرجل فعليه نصف المسمى إن كان صحيحاً؛ لأن الفسخ من جهته فأشبهه الطلاق، وإن كانت التسمية فاسدة فصف مهر المثل، وإن لم يكن سمي شيئاً فالتمعة، ويحتمل وجوب جميع المهر.

وقيده المصنف بها إذا كان الارتداد عن فطرة، ولا وجه له؛ لأنه قد سبق في غير موضع في كلام المصنف احتمال وجوب جميع المهر بعروض الفسخ من قبل الزوج أو لا من قبل واحد من الزوجين؛ لأن مهر يجب جميعه بالعقد على أصح القولين، ولم يثبت تشطيره إلا بالطلاق، فيبقى وجوب جميعه ثابتاً في غير الطلاق، إذ الحمل عليه قياس.

لكن لو حمل الفسخ هنا على الطلاق لم يثبت التنصيف إلا في الردة التي ليست

وبعده يقف على انقضاء العدة.

ويثبت المهر من أيها كان الارتداد، إلا أن يكون الارتداد من الزوج عن فطرة، فإن النكاح يبطل في الحال وإن كان قد دخل ويجب المهر.

عن فطرة لأن الردة عن فطرة كالمرت في أحكامه، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن الموت يوجب تقرر جميع المهر.

قوله: (وبعده يقف على انقضاء العدة ويثبت المهر من أيها كان الارتداد، إلا أن يكون الارتداد من الزوج عن فطرة فإن النكاح يبطل في الحال، وإن كان قد دخل ويجب المهر).

أي. إن كان الارتداد بعد الدخول وقفاً أمر إنكاح على انقضاء العدة إن كان الارتداد من الروجة مطلقاً، أو من الزوج عن غير فطرة، فإن اجتماعاً على الإسلام قيل انقضائها كانا على المكاح، وإن لم يجتمعا حتى انقضت تبين أن العقد ناسخ من حين الارتداد، بعير خلاف في ذلك عندما وعند أكثر العامة، وجمع منهم حكموا بالفسخ في الحال قبل الدخول وبعده.

ولو كان الارتداد من الزوج عن فطرة بعد الدخول بطل النكاح في الحال واعتدت عدة الوفاة، كما في الارتداد عن فطرة قبل الدخول، وإما يجب العدة لو كان الارتداد عن غير فطرة بعد الدخول، وهي عدة الطلاق.

أما المهر بعد الدخول فإنه واجب عليه على كل حال، سواء كان لارتداد عن فطرة أم لا، وسواء كان من الزوج أو الروجة، لأن الدخول يوجب استقرار جميع المهر على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وهنا فائدة وهي:

إن قوله: (إلا أن يكون الارتداد من الزوج) استثناء من قوله: (وبعده يقف على انقضاء العدة) فإن هذا الحكم إنما هو في غير الارتداد الفطري، وليس استثناء من قوله: (ويثبت المهر) لفساده على هذا التقدير.

ولو انتقلت الذممة إلى ما لا يُقر أهله عليه: فإن كان قبل الدخول فسد، وبعده يقف على الانقضاء، فإن خرجت ولم يسلم الزوجان فسد العقد.

وإن قلنا بقبول الرجوع كن العقد باقياً إن رجعت في العدة.

ولما خشي أن يتوهم ذلك متوهم صرح بوجوب المهر في هذا القسم أخيراً بقوله: (ويجب المهر).

قوله: (ولو انتقلت الذممة إلى ما لا يُقر أهله عليه، فإن كان قبل الدخول فسد، وبعده يقف على الانقضاء، فإن خرجت ولم يسلم الزوجان فسد العقد، وإن قلنا بقبول الرجوع كان العقد باقياً إن رجعت في العدة).

هذا هو القسم الثالث من أقسام الانتقال، وهو الانتقال من دين باطل إلى دين باطل، وهو أقسام المباحوث عنه، منها الانتقال من دين يقر أهله عليه إلى ما لا يقر أهله عليه كالكتابي يتوثن، وعكسه.

والانتقال مما لا يقر أهله عليه إلى ما يقر أهله عليه كاليهودي يسصر، والبصري يتهود، والمقصود بالبحث هنا بيان حكم النكاح لأن الإقرار بالحزبية موضعه كتاب الجهاد الأول إذا انتقلت الذممة إلى ما لا يقر أهله عليه فإنها لا تقر على ذلك إجماعاً. فإذا كانت تحب مسلم انفسح لنكاح في الحال إن كان قبل الدخول، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة، فإن خرجت ولم يسلم تبياً انفساخ النكاح من حين الانتقال.

ولو قلنا بقبول رجوعها إلى دينها، فإن رجعت في العدة بقي العقد، وإلا فلا. وكذا المحكم لو قلنا بقبول دين آخر يساوي دينها الذي كانت عليه، كما لو كانت يهودية فتوئنت ثم تنصرت.

واعلم أن قول المصنف: (ولم يسلم الزوجان) يقتضي أن الزوج غير مسلم،

ولو انتقلت إلى ما يقر أهله عليه فكذلك إن لم نقرها عليه، وإلا كان النكاح باقياً.

ويلزم منه أن الذمية تحت الذمي إذا توثت يفسخ لنكاح في الحال إن كان قبل الدخول، وفيه نظر، فإن نكاح الكتابي للوثنية لا يجمع منه فيها بينهم.

نعم لا تقر المرأة على الدين الذي شغلت إليه، ثم إن اسلام الزوج لا دخل له في بقاء النكاح وعدمه إلا إذا أسمت الزوجة.

والذي ذكره المصنف في التذكرة وهو ما إذا انتقلت الكتابية زوجة المسلم إلى لتوث^(١)، ولم يتعرض لما إذا كانت زوجة الذمي وفي التحرير صرح بأن زوجة الذمي إذا انتقلت إلى غير دينها من مطلق الكفر وقع الفسخ في الحال^(٢).

وكذا قال في الشرائع^(٣)، ولكن نظر فيه مجال، لأن الذمي لا يمتنع بكاحه أي كافرة كانت، ولا اعتراض لنا على بكاحهم فيها بينهم، حتى أنها لو أسلمت بعد ذلك وكان قبل الدخول فالذي ينبغي الجزم ببقاء النكاح إذا أسلم هو حين اسلامها.

قوله: (ولو انتقلت إلى ما يقر أهله عليه فكذلك إن لم نقرها عليه، وإلا كان النكاح باقياً).

هذا هو القسم الثاني، وهو ما إذا انتقلت الذمية إلى دين يقر أهله عليه كاليهودية تنتصر، وحكمه حكم ما قبله إن لم نقرها على هذا الدين، وهو الأصح؛ لقوله تعالى: ﴿ومن يتبع غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه﴾^(٤).

فعل هذا لو كانت تحت مسلم، فإن كان لا انتقال قبل الدخول انفسخ النكاح؛ لامتناع الزوجية بينها إذ ليست كتابية، وإن كان بعده وقف على انقضاء

(١) التذكرة ٢: ٦٤٧.

(٢) التحرير ٢: ٢٦١.

(٣) شرح الاسلام ٢: ٢٩٥.

(٤) آل عمران: ٨٥.

ولو انتقلت الوثنية إلى الكتابية وأسلم الزوج، فإن قبلنا منها غير الاسلام فالنكاح باق، وإلا وقف على الانقضاء بعد الدخول، وقبله يبطل.

العدة.

قوله: (ولو انتقلت الوثنية إلى الكتابية وأسلم الزوج، فإن قبلنا منها غير الاسلام فالنكاح باق، وإلا وقف على الانقضاء بعد الدخول، وقبله تبطل).

هذا هو القسم الثالث، وهو الانتقال من دين لا يقر أهله عليه إلى ما يقر أهله عليه، فإن انتقلت الوثنية إلى الكتابية وأسلم زوجها كتابياً كان أو وثياً، فإن قبلنا منهم الدين الذي انتقلت إليه، أو ما جرى مجراه من لاديان التي يقر أهلها عليها فالنكاح باق؛ لانتفاء المانع، فإن استدلت بكساح الكتابية جائرة اجماعاً، وهذا أحد القولين.

وإن لم يقبل منها إلا لاسلام - وهو الأصح على ما سبق في الجهاد - فإن كان ذلك بعد الدخول وقف على نقضاء العدة، فإن أسلمت قبلها فالنكاح باق، وإلا بين بطلانه باسلامه، وإن كان قبله بطل من حين اسلامه.

ومن تأمل ما حققناه عدم المكتة في قول المصنف: (وأسلم الزوج) لأنه لو لا فرض تجديد اسلامه لم يثبت ما ذكره من فسخ لنكاح قبل الدخول وتوقفه على نقضاء العدة بعده، فإن نكاح الوثني والكتابي لا يحكم بفساده عندما يتحدد انتقال زوجته الكافرة إلى دين غير دينها، وعلى هذا فمضرب العدة إنما يكون من حين الاسلام.

وقول الشارح العاضل ولد المصنف في تقرير المبحث: إن الزوجين إذا كانا وثنيين^(١) لا حاجة إلى فرض كونها وثنيين، بل إنما يعتبر فرض كون الزوجة وثنية.

وليس للمسلم اجبار زوجته الذميه على العسل من حيض أو جنابة،
وإن حرمنا الوطء قبله أوجبناه
وله الزامها بإزالة المنفر، كالنتن وشعر العانة وطول الأظفار.

واعلم أن الشارح الفاضل السيد قدس، إن هذا التفريع ينافي ما ذكره المصنف في هذا الكتاب من أن من انتقل إلى دين أهل لكتاب بعد مبعث النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا يقبل منه، وزعم الشارح وله المصنف أنه لا مناقاة حيث أن المصنف مراع بقاء النكاح على قبول غير الإسلام منها، وعدمه على عدمه.
وليس ما ذكره بواضح، لأننا إذا قلنا لا نقبل بعد المبعث من الوثني الكتابي قولاً واحداً فلا وجه للتفريع، فإنه يشعر بوجود القول بالقبول وإن كان لا يقتضيه، ولعل ولد المصنف أراد بعدم المناقاة عدم التصريح بالقبول، وبالجملة فالمناقاة لا تخلو من مناقشة.

قوله: (وليس للمسلم اجبار زوجته الذميه على العسل من حيض أو جنابة).

لأن ذلك حق الله تعالى لا حق الروح، وقد أقرت على دينها شرعاً، وليس له اعتراضها.

قوله: (وإن حرمنا الوطء قبله أوجبناه).

أي: وإن حرمنا الوطء قبل العسل أوجبناه عليها لحق الزوج، لتوقف الاستمتاع الذي هو حقه عليه فله إجبارها عليه، ولا شك أن الذي تجبر عليه هو صورة العسل مع النية.

قوله: (وله الزامها بإزالة المنفر كالنتن وشعر العانة وطول الأظفار).
لأن بقاء ذلك معص للاستمتاع، فكان له إجبارها عليه كما في المسلمة

وله منعها من الكنائس والبيع وشرب الخمر وأكل لحم الخنزير، واستعمال النجاسات التي يستفذرها الروح، وأكل الثوم والبصل والكراث، وشبهه مما ينقص الاستمتاع وإن كانت مسلمة.

فروع:

أ: لو أسلم في العدة ثبت النكاح، ولا يبحث الحاكم عن كيفية

قوله: (وله منعها من البيع والكنائس، وشرب الخمر وأكل لحم الخنزير، واستعمال النجاسات التي يستفذرها الزوج، وأكل الثوم والبصل والكراث وشبهه مما ينقص الاستمتاع وإن كانت مسلمة).

أما المنع من البيع والكنائس فلا للروح الاستماع بالروحة دائماً في بيته وبخروجها بفوت ذلك، وكذا له منعها من الخروج إلى بيت أهلها ولجيران وغيرهم، وكذا الأعياد وشبهها، وكذا الروحة المسلمة له منعها من المساحد والمشاهد ويوب الأهل والجيران

وأما مع الكناية من شرب الخمر فإنه مسكر بفوت به الاستمتاع، ولأنها في هذه الحالة لا ترد يد لأمس، ولا فرق بين القليل والكثير منه؛ لأن الاسكار به غير منضبط، فمن الناس من يسكر بالقليل الذي لا يسكر به غيره، فلتمنع من الجميع حسماً للمادة، ولأن ذلك هو العلة في تحريم الخمر.

وأما منعها من لحم الخنزير فلها فيه من الاستفذار والنفس قد تعاف منه، وكذا القول في النجاسات المستفذرة والمأكول والمشرب المستفذرة، ودوات الرائحة الكريهة مثل الثوم والبصل والكراث، لا إذا طبخت فإن ذلك كله منقص للاستمتاع، والمسلمة في ذلك كالكافرة

ولا يحفى أن قول المصنف، وإن كانت مسلمة المراد به؛ وإن كانت الزوجة مسلمة، والمذكور سابقاً إنها هو الروحة النمية، ولأمر في ذلك كله سهل، والمراد ظاهر. قوله: (فروع: أ: لو أسلم في العدة ثبت النكاح، ولا يبحث الحاكم

وقوعه، بل يقررها عليه ما لم يتضمن محرماً، كما لو كانت تحته إحدى المحرمات عليه.

ب: لا يقرهم على ما هو فاسد عندهم، إلا أن يكون صحيحاً عندنا. ويقرهم على ما هو صحيح عندهم وإن كان فاسداً عندنا، كما لو اعتقدوا إباحة المؤقت من دون المهر.

عن كيفية وقوعه، بل يقرها عليه ما لم يتضمن محرماً، كما لو كانت تحته إحدى المحرمات عليه).

لو أسلم الروحان دفعراً أو على التعاقب، بحيث كان إسلام الآخر في العدة بعد الدخول فالتكاح ثابت، ولا يبحث الحاكم عن كيفية وقوعه وجوباً ولا استحباباً؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله في زمانه خلق كثير فلم يسألهم عن أحوال انكاحهم بل أقرهم عليها.

نعم لو تضمن محرماً كتكاح إحدى المحرمات حكم ببطلانه؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله قال لم يرور لديلمي وقد أسلم على اختين: «اختر احدهما»^(١) فلو نكح أمه أو بنته أو اخته ونحوهن اندفع النكاح عند الإسلام قطعاً.

قوله: (ب: لا نقرهم على ما هو فاسد عندهم إلا أن يكون صحيحاً عندنا، ونقرهم على ما هو صحيح عندهم وإن كان فاسداً عندنا، كما لو اعتقدوا إباحة المؤقت من دون المهر).

إذا كان النكاح الجاري في الكفر فاسداً عندهم لم يقرهم عليه بعد الإسلام، إلا إذا كان صحيحاً عندهم؛ لأنه بدون ذلك ليس نكاحاً عندهم ولا عندنا. أما إذا كان صحيحاً عندنا، فإما نحكم بصحته ولا نلتفت إلى اعتقادهم.

ج: لا فرق بين النمي والحربي في ذلك، ولو اعتقدوا غصبية المرأة نكاحاً أقرروا عليه على اشكال بعد الاسلام وقبله.

وهنا سؤال: وهو ان المتعاقدين اذا أوقعا نكاحاً يمتقدان فساداً كيف يحكم بصحته لمصادفته مطابقة العقد الصحيح.

ومثله وقوع لعقد كذلك من المسلمين ونقرهم على ما هو صحيح عندهم وإن كان فاسداً عندنا بهوات شرط، كما لو اعتقدوا صحة النكاح المؤقت بدون المهر. وكذا لو حلا نكاحهم من الولي والشاهدين عند من يقول بالاشتراط، أو وقعت الصيغة على غير الوجه المعتبر به من خلاف في ذلك، ويستثنى من هذا الصابط ما اذا وقع النكاح في العدة وبقت إلى زمان الاسلام وما اذا شرطاً الحصار وبقي زمانه إلى الاسلام، وما اذا اعتقدوا غصبية المرأة نكاحاً على أحد وجهي الاشكال كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

قوله: (ج: لا فرق بين النمي والحربي في ذلك، ولو اعتقدوا غصبية المرأة نكاحاً أقرروا عليه على اشكال بعد الاسلام وقبله).

أي: لا فرق بين النمي والحربي فيما ذكر من حكم النكاح، فإذا أسلم الحربيون أو تحاكموا إلينا واختربنا لحكم بينهم، أقررنا من الأنكحة ما كان صحيحاً عندهم، إذا لم يكن نكاح إحدى المحرمات، دون ما كان فاسداً عندهم، إلا إذا كان صحيحاً عندنا على ما سبق.

ولو اعتقدوا غصبية امرأة نكاحاً ففصبها للنكاح، ثم أسلموا وتحاكموا إلينا، وهو المراد من قوله: (بعد الاسلام وقبله) أقرروا عليه على اشكال يشأ: من أنه كسائر الأنكحة التي يمتقدون صحتها وليس فيه الاقامة الفعل مقام القول.

ومن حيث ان الغصب قبيح عقلاً، فلا يسوغ في ملة من الملل، والتمكين من القبيح والتقرير عليه قبيح.

ويضعف بأنه لا منافاة بين مباح الغصب عقلاً وصيرورة المرأة المفصوبة زوجة

د: لو شرط الخيار مطلقاً لها أو لأحدهما، لم يقرأ عليه بعد الإسلام؛ لأنها لا يعتقدان لزومه حالة الكفر، وإن قيدها: فإن أسلمها قبل انقضائه لم يقرأ عليه، وإن كان بعده أقرأ.

باعتقادها واعتقاد غاصبها، ولا يشترط للحكم بصحة إكحتهم كونها كذلك في ملة من الملل.

ويستفرض ذلك بما إذا قهر المحرم خريبة، فإن يحور شراؤها منه ويبيعه من طرفه ثبت فيه أحكام البيع وإن كان ذلك استنفاذاً من طرفها، ولو كان قبض العصب منافياً لثبوت الملك امتنع كونه بيعاً، فلم يكن منافياً للنكاح، ولا استبعد الحكم بصحته كما سبق الجرم به في كلام المصنف وأيضاً استشكله هنا
ويجب أن يستثنى من ذلك موضعان:

الأول: ما إذا كان العصب في مبدأ الأمر، ثم رآل ذلك ورضيا بالنكاح قبل الإسلام فإنه ينبغي الحرم بصحته، كما لو بحكها في العدة وانقضت قبل الإسلام، فإن العقد الواقع في العدة باطل غير مقرر عليه، ولم ينص لصحة النكاح ليس إلا الرضى الجاري بعدها.

الثاني: هذا الفرص إنما هو في غير لدمية، أما الدمية فلا يتصور التقرير على غصبها للنكاح؛ لأن ذلك ظلم يجب في شرع الإسلام رفعه عن أهل الذمة وقد سبق، وأما أهل الحرب المستأمرون فإنه لا يجب رفع ظلم بعضهم عن بعض

قوله: (د: لو شرط الخيار مطلقاً لها أو لأحدهما لم يقرأ عليه بعد الإسلام؛ لأنها لا يعتقدان لزومه حال الكفر وإن قيدها، فإن أسلمها قبل انقضائه لم يقرأ عليه وإن كان بعده أقرأ).

المراد باشتراط الخيار مطلقاً عدم تقييده بمدة، ووجه عدم التقرير عليه أصلاً في الفرض الأول: إنا وإن لم نراع في عقودهم التجارية في الشرك شرائط الإسلام، لكننا

هـ: لو تزوجها في العدة ثم أسلمها، فإن كان بعد الانقضاء أقرأ عليه، وإلا فلا؛ لأن نكاح المعتدة لا يجوز ابتداءه حالة الاسلام، أما بعد الانقضاء فإنها يعتقدان صحة هذا النكاح.

ويجوز ابتداء مثله في الاسلام على هذه الحال، ولا اعتبار بالمتقدم فإنه معفو عنه.

أما لو تزوج حليمة أبيه أو ابنه أو المطلقة ثلاثاً، فإنها لا يقران عليه

لا نثبت ما لم يشتهوه، وهم لا يشعرون في هذا الهرم لأحد الزوجين أو لكليهما سلطنة النكاح، فلا تنهتها نحن.

ولأن الخسار منافي لصحة النكاح، فإذا بقي إلى الاسلام كان المصافي لصحة العقد موحوداً بعد تعلق أحكام المسلمين بالزوجين أو بأحدهما، فكان كنكاح المعتدة إذا بقيت العدة إلى الاسلام.

وأما الفرض الثاني، وهو ما إذا كان اشتراط الخيار مقيداً بمدة، فإنه إذا انقضت المدة قبل اسلام واحد منها فهو كأنقضاء عدة المعتدة قبل الاسلام فيصح النكاح، وإن بقيت إلى اسلامها لم يقر عليه قطعاً، ولو بقيت المدة إلى اسلام أحدها خاصة فكذلك؛ لتعلق حكم فساد النكاح بالمسلم منها.

وقال بعض الشافعية: لا يدفع النكاح إلا إذا اقترن بقاء المدة باسلامها؛ لأن وقت الاختيار والامساك هو الاجتماع على الاسلام، وليس بشيء.

قوله: (هـ: لو تزوجها في العدة ثم أسلمها، فإن كان بعد الانقضاء أقرأ عليه، وإلا فلا؛ لأن نكاح المعتدة لا يجوز ابتداءه حالة الاسلام، أما بعد الانقضاء فإنها يعتقدان صحة هذا النكاح، ويجوز ابتداء مثله في الاسلام على هذا الحال، ولا اعتبار بالمتقدم فإنه معفو عنه.

أما لو تزوج حليمة ابنه أو أبيه أو المطلقة ثلاثاً، فإنها لا يقران عليه

بعد الاسلام.

و: لو أسلم ثم ارتد فانقضت لعدة من حين اسلامه على كفرها تبيننا
الفسخ من حين الاسلام.

بعد الاسلام).

لا ريب أن وصف الاعتداد مانع من صحة النكاح، وملحق للمرأة بمن يحرم
نكاحهن ما دامت في العدة، فكذا القول في المطلقة ثلاثاً قبل التحليل، فمتى تزوج
الكافر معتدة ثم تحدد الاسلام، فإن كانت العدة باقية فلا نكاح، وإن انقضت قبل
الاسلام كان صحيحاً.

قال بعض الشافعية: هذا إذا كانت عدة النكاح، أما إذا نكح معتدة عن
الشبهة ثم أسلم والعدة باقية فإنها يفران على النكاح لأن الاسلام لا يصح دوام
لنكاح مع عدة الشبهة، فلا يعترض عليه إذا لاقاه، والظاهر المنع مطلقاً، إذ لا يجوز
إنشاء نكاح المعتدة عن وطء الشبهة في الاسلام.

وهنا بحث: وهو أن العقد على ذات العدة والدخول بها من الأسباب الموجبة
للتحريم المؤبد، وحقه أن لا يفرق في ذلك بين المسلم والكافر، كما في سائر الأسباب
كالتطليق ثلاثاً، فإنه تحرم المطلقة إلى أن تنكح زوجاً آخر، والمطلقة تسعاً للعدة فإنه
يحرمها مؤبداً.

وقد اطلقوا هنا صحة النكاح إذ انقضت العدة قبل الاسلام، وظاهرهم أن
ذلك مع الدخول أيضاً، ولينظر فيه مجال.
ولو تزوج حليلة أبيه أو بنته لم يقر عليه بعد الاسلام بحال؛ لأنها تحرم عليه
مؤبداً.

قوله: (و: لو أسلم ثم ارتد فانقضت العدة من حين اسلامه على
كفرها تبين الفسخ من حين الاسلام.

وإن أسلمت في العدة تبيناً عدم الفسخ بالاسلام، ونضرب لها عدة من حين الارتداد، فإن عاد فيها فهو أحق، وإلاً بانث من حين رده. وليس له العود إليها بذلك العقد حال رده وإن كانت كافرة، وكذا لو أسلم ثم ارتد ثم أسلمت ثم ارتدت، لم يكن له استصحاب العقد وإن كان في العدة.

وإن أسلمت في العدة تبيناً عدم الفسخ بالاسلام، ويضرب لها عدة من حين الارتداد، فإن عاد فيها فهو أحق، وإلاً بانث من حين رده، وليس له العود إليها بذلك العقد حال رده وإن كانت كافرة وكذا لو أسلم ثم ارتد ثم أسلمت ثم ارتدت، لم يكن له استصحاب العقد وإن كانت في العدة) لا ريب أن حدوث اختلاف الدين بين الزوجين المانع من صحة المكاك بينهما إذا وقع قبل الدخول انفسح به المكاك في الحال وإن كان بعد الدخول وقف الامر فيه على انقضاء العدة.

فاذا اسلم الزوج بعد الدخول ثم ارتد فلا ريب في ضرب عدة من حين الاسلام فاذا ارتد بعد اسلامه فقد حدث سبب احر لفسخ المكاك لو كانت الزوجة مسلمة فينظر ان انقضت العدة من حين اسلامه على كفرها تبيناً فسخ النكاح من حين اسلامه.

وان أسلمت في العدة تبين ان الاسلام لم يكن موجبا للفسخ ون النكاح بحاله الى زمان الردة فلا بد من ضرب عدة اخرى من حين الارتداد لان اختلاف الدين مانع من صحة النكاح حيث حدث بعد الدخول.

فان عاد الى الاسلام قبل القضاء بها تبين بقاء عقد النكاح ولا تبين البيوتة من حين الردة وليس له العود إليها بذلك العقد حال رده وإن كانت كافرة لان المرتد له حكم الاسلام فلا يجوز ان ينكح الكافرة.

ز: لو طلق كل واحدة من الاختين ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلموا حرمتا إلا بالمحلل.

المطلب الثالث: في الزيادة على العدد الشرعي: إذا أسلم الحر على أكثر من أربع من الكتابيات بعقد الدوام اختار أربع حرائر، أو حرتين وأمتين، أو ثلاث حرائر وأمة. والعبد يختار حرتين، أو أربع اماء، أو حرة وأمتين. واندفع نكاح البواقي، سواء ترتب عقدهن أولاً، وسواء اختار

والمراد من قولهم الكفر كالملة الواحدة ما يجد الارتداد لما قلنا من أن المرتد له حكم المسلم، ومن ثم لا يجوز للمرتد أن يتكح الكافرة ولا المسلمة لكفره وكذا الحكم لو أسلم ثم ارتد ثم أسلم ثم ارتدت لم يكن لو استصحب العبد وإن كان إسلامها وارتدادها في العدة.

قوله: (ز: لو طلق كل واحدة من الاختين ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلموا حرمتا، إلا بالمحلل).

قد علم تقريب ذلك مما سبق، ولا يخفى أن في قوله: (ثلاثاً ثلاثاً) تكراراً، فإن التطبيق لكل واحدة إنها يكون ثلاثاً لا ثلاثاً ثلاثاً، وربما اعتذر عن هذا بأن ثلاثاً ثلاثاً منصوب على التمييز عن الجملة، على أن قوله: (لو طلق كل واحدة من الاختين) كلام تام، وثلاثاً تفسير لكل من الطلاقين.

وظاهر أن تفسير طلاق احد هما لا يفني عن الأخرى، وهذا وإن كان محتملاً إلا أنه خلاف المتبادر؛ لأن المتبادر أنه منصوب لكونه مفعولاً مطلقاً.

قوله: (المطلب الثالث: في الزيادة على العدد الشرعي: إذا أسلم الحر على أكثر من أربع من الكتابيات بعقد الدوام اختار أربع حرائر أو حرتين وأمتين، والعبد يختار حرتين أو أربع اماء أو حرة وأمتين، واندفع نكاح البواقي، سواء ترتب عقدهن أولاً، وسواء اختار الأوائل أو الأواخر، وسواء

الأوائل أو الأواخر، وسواء دخل بهن أولاً.

ولا يشترط اسلامهن ولا ينتظر العدة.

ولو أسلم معه أربع من ثمان فالأقرب أن له اختيار الكتابيات.

دخل بهن أولاً، ولا يشترط اسلامهن ولا ينتظر العدة).

قد سبق أن الرجل إذا أسلم كان له استدامة نكاح زوجته إذا كانت كتابية، فعلى هذا إذا أسلم عن زائد عن العدد الشرعي وهي كتابيات بعقد الدوام، فإن كان حراً اختار أربع حرائر أو حرتين وأمتين، أو أمقروثلاث حرائر إن كان فيهن اماء وقلنا بنكاح الأمة بالعقد من دون الشرطين، وإلا بطل العقد الاماء، لأن وقت الاسلام بمنزلة ابتداء النكاح، لأنه وقت المؤاسدة بالأحكام الاسلامية.

وإن كان عبداً اختار حرتين أو أربع اماء أو حرة وأمتين؛ لأن ذلك هو العدد الحائر لكل واحد منها، وإذا احصى ذلك بدفع نكاح البواقي

ولا فرق في الاختيار بين أن ينكحهن دفعة أو على الترتيب، ولا بين أن يكن مدخولاً بهن وعدمه، ولا بين أن يختار الأوائل أو الأواخر.

يدل على ذلك ما رواه العامة أن عبيلاً أسلم وعنده ثلاث عشره نسوة، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: «امسك أربعاً وفارق سائرهن»^(١)، وترك الاستفصال مع الاحتمال يجري مجرى العموم.

وذهب بعض العامة إلى أنه إن تزوجهن في عقد واحد ادفع نكاح الجميع، وإن كان في عقود مترتبة لزمه الأربع الأوائل^(٢)، وهو غير معتد به.

ولا يخفى أنه لا يشترط اسلامهن؛ لما سبق من بقاء نكاح الكتابية، ولا ينتظر مضي العدة لظن هل يسلمن أم لا؛ لأنه لا فرق في ذلك بين اسلامهن وعدمه قوله: (ولو أسلم معه أربع من ثمان فالأقرب أن له اختيار الكتابيات)

(١) نظر سنن البيهقي ١٨٢٧ - ١٨٢٨

(٢) المغني لابن قدامة ٥٤٠٧

وليس للمرأة اختيار أحد الزوجين، بل يبطلان مع الاقتران، والثاني مع الترتيب ولا مهر للزائد، فإن دخل فمهر المثل إن قلنا بعدم الصحة.

وجه القرب أن الاسلام لا يمنع لاستمرار على نكاح الكتابية ولا يوجب نكاح المسلمة، فلا مقتضي لترجيح المسلمات، ويحتمل تعيين المسلمات للاختيار، لشرف المسلمة على الكافرة، فلا يناسب ذلك اختيار الكتابيات على المسلمات، والأصح الأول.

قوله: (وليس للمرأة اختيار أحد الزوجين، بل يبطلان مع الاقتران، والثاني مع الترتيب).

لما اتفقت الملل على حفظ الفروج وصيانتها عن إحتلاط الأنساب، امنع نكاح المرأة الواحدة رجلين، فمتى وقع ذلك في الكفر، فإن تقدم عقد أحدهما كان الثاني محكوماً ببطلانه عيباً، وإلا كان كل منها باطلاً

قوله: (ولا مهر للزائد، فإن دخل فمهر المثل إن قلنا بعدم الصحة). أي: ولا مهر للزائد على العدد الشرعي إذا اختار أربعاً واندفع نكاح الباقي، ولم يكن قد دخل بمن اندفع نكاحها، وكذا لا نفقة لمن ولا متعة، فإن كان قد دخل وجب مهر المثل إن قلنا إن نكاح الكفر لما زاد على العدد الشرعي غير صحيح، كذا قال الشارح الفاضل^(١).

والذي يفهم من كلام الشيخ أن نكاح الكفر غير صحيح، إلا إذا انضم إلى الاختيار في حال الاسلام^(٢)، فلا يتم ما ذكره الشارح، ولو قلنا بصحته وجب المسمى، وهذا هو المختار.

(١) مصاح الفوائد ١٠٧٣

(٢) المبسوط ٢٢٩.

ولو أسلم عن أمة وبنتها تخير إن لم يطأ احداهما، وإلا حلت الموطوعة خاصة، ولو كان قد وطأها حرمتا.
ولو أسلم عن أختين تخير، وإن وطأهما.

الاحتيار حال الاسلام، وعدم وجوب مهر قبل الدخول للرائد على العدد، لحصول الفسخ لا من قبل الزوج، وهذا هو الأصح.

واعلم أن قول المصنف، (وقبه) شامل للمعالتين، وهو ما إذا لم يدخل بواحدة منها أو لم يدخل بالأم، أي، وقبل الدخول بها أو بالأم، وقوله، (ولا اختيار) للتصريح بالرد على الشيخ.

قوله: (ولو أسلم عن أمة وبنتها تخير) إن لم يطأ احداهما، وإلا حلت الموطوعة خاصة، ولو كان قد وطأها حرمتا).

أي- لو أسلم عن أمة وبنتها مملوكتين له، فإن لم يكن وطأ واحدة منها تخير من شاء منها للوطء كما في حال الاسلام، وإن كان قد وطأ احداهما حلت الموطوعة دون الأخرى كما في حال الاسلام.

وإن كان قد وطأها حرمتا معاً، أما الملاحقة بظاهر، وأما السابقة فإما لأن وطء الشبهة يحرم وإن تأخر، أو لأن وطء الشبهة لكل منها بمنزلة العقد على كل منها، وحيث كان العقد على كل منها والوطء لكل منها في الكفر محكوماً بصحته لم ينظر إلى السبق والتأخر، ورتب على كل منها ما ترتب على الصحيح.

قوله: (ولو أسلم عن أختين تخير وإن وطأهما).
لأن فيروز الديلمي أسلم على أختين فخير النبي صلى الله عليه وآله في امساك أيتهما شاء، وحكم على غير المختارة حكم الزائد على العدد^(١).

وكذا عن العمة والخالة مع بنت الأخ أو الأخت إذا اختارتا عدم الجمع أو الحرية والأمة.

ولو اختارت الحرية أو العمة أو الخالة لعقد على الأمة، أو بنت الأخ أو الأخت صح الجمع.

ولو اخترن في حال الكفر لزمهن حكمه حال الاسلام.

قوله: (وكذا عن العمة والخالة مع بنت الأخ أو الأخت إذا اختارتا عدم الجمع أو الحرية والأمة، ولو اختارتا الحرمان أو العمة أو الخالة العقد على الأمة أو بنت الأخ أو بنت الأخت صح الجمع).

إن رضيت العمة والخالة بالجمع بينهما وبين بنت الأخ والأخت فلا بحث، وإن اختارتا عدم الجمع بغير العمة أو بنت أخيها، فمن اختارها صح نكاحها واندمع نكاح الأخرى ولا مهر إلا مع الدخول.

وأما إذا أسلم عن حرية وأمة، فإنه إن لم ترض الحرية بنكاح الأمة انفسخ، وإن رضيت فالجمع صحيح عندها، وعند العامة يبنى على أن نكاح الأمة يجوز اختياراً أم بالشرطين، فعلى الثاني ينفسخ، وعلى الأول يعتبر رضى الحرية.

واعلم أن عبارة الكتاب وغيره لا تؤدي المعنى المراد منها في مثله الحرية والأمة، بل الظاهر منها خلاف المراد فينبغي التنبية له.

قوله: (ولو اخترن حال الكفر لزمهن حكمه حال الاسلام). أي: لو اختار كل من العمة والخالة بالنسبة إلى بنت أخيها وبنت اختها، والحرية بالنسبة إلى الأمة الجمع في حال تكفر كان ذلك موحياً للزوم لنكاح، ولم يثبت الاختيار بعد الاسلام، تمسكاً بالاستصحاب، ولأن نكاح الكفر صحيح، فإذا وقع مستجعماً للأمر المعتبر في شرع الاسلام كان لازماً.

ولو أسلم الحر على أربع إماء تخير اثنتين، وكذا لو كان معهن حرائر إذا رضيت الحرائر.
والأقرب اعتبار رضى جميع الحرائر الأربع دون الخامسة إن فسخ نكاحها، وإلا اعتبر.

قوله: (ولو أسلم على أربع إماء تخير أمتين، وكذا لو كان معهن حرائر إذا رضيت الحرائر، والأقرب اعتبار رضى جميع الحرائر الأربع دون الخامسة إن فسخ نكاحها، وإلا اعتبر)
لو أسلم الحر على أربع إماء تخير أمتين سواء كان ممن يجوز له ابتداء العقد على الأمة أم لا عند علمائنا ذكره في سكرة^(١)، لأنه إستمدة عقد لا استشافه.
ولو كان مع الإماء حرائر تخير اثنتين بشرط رضى الحرائر، فإن لم يرضى ففسخ نكاح الإماء، لأن الاختيار بمنزلة ابتداء النكاح. والأقرب أنه لو كان له أزيد من أربع حرائر إنه لا بد من رضى أربع حرائر بنكاح الإمام ليختار أمتين، ولا يكفي رضى حرتين فقط.

أما الزائد على الأربع كالخامسة فإن فسخ نكاحها لم يعتبر رضاها، وإلا اعتبر. ووجه القرب في أنه لا بد من رضى أربع حرائر دون أمتين أن يقال: إن نكاح أربع من الحرائر الخمس لازم، وإما تكون لإماء زوجات إذا رضى الحرائر بنكاحهن، فقبل رضاهن لا يكن زوجات.

فلا جرم قبل تحقق شرط نكاح الإماء لا يتحقق بنكاحهن، فيكون نكاح أربع حرائر لازماً فلا بد من رضاهن وفيه نظر؛ لأنه إذا انضم اختيار الزوج لنكاح الحرتين الراضيتين إلى اختيار الأمتين اندفع نكاح لبواقي، فلا اعتبار لرضاهن.

أو يقال: اختيار الأمتين مشروط برضاء الحرائر، وجميع الحرائر زوجات حينئذ، فلا بد من رضی جميعهن؛ لامتناع صحة اختيار الأمة من دون رضی جميع الحرائر، عملاً بعموم اعتبار رضی الروجة الحرة، وفيه نظر؛ لأن من اختارها للفسخ لا يمنع وجوب اعتبار رضاها، لأنها آيلة إلى بيتوته.

لا يقال: فسخ نكاحها فرع زواجها على النصاب، وإنما يكون ذلك إذا صح اختياره الإمام، وإنما يصح إذا رضيت الزوجات كلهن الحرائر.

لأننا نقول: لم لا يجوز أن يكون اختياره للأمتين مع الحرّتين الراضيتين وانفساخ نكاح البواقي واقعاً في زمان واحد، ولا يستلزم اشتراط اختيار الإمام برضى من عيّن للفسخ، ولا دليل على الاشتراط قبله.

أو يقال: إن نكاح الحرّتين لازم قطعاً فيعتبر رضاها، ولا يعين بعينها فلا بد من رضی الأربع ليتم حصول رضی الاثنتين في الحملة إذ لا يتحقق بدونه، ومن ثم يعتبر رضی الخامسة لو لم يفسخ نكاحها.

أما إذا فسخه فلا؛ لاندفاعه بالمسح قطعاً، بخلاف ما راد على اثنتين من الأربع، إذ لا يندفع نكاح الرائد بمجرد فسخه، وفيه نظر؛ لأنه إذا اختار نكاح الحرّتين الراضيتين مع أمتين تبيّن انحصار النكاح في ما دون باقي الحرائر، وإن رضاها هو المعتبر دون رضی غيرها.

ولا ريب أنه إذا فسخ نكاح ما عدا الحرّتين الراضيتين بعد أن اختار أمتين انفسخ نكاحهن، فكان الزند على اثنتين كالخامسة، حيث أنه إذا فسخ نكاحها انفسخت، فعلى هذا ظهر أنه إذا رضيت حرتان انضم إليه اختيار نكاحها مع أمتين كفى ذلك، ولم يحتاج إلى رضی الأربع، وهو الاحتمال الثاني، وهو قوي.

وجعل الشارح الفاضل مقابل الأقرب احتمال توقف اختيار الإمام حتى يختار الحرّتين، ثم يأذن في اختيار الأمتين؛ لأنها قبل التعيين لا يصلحان للاذن، وقد ينظر

ولو كان احدى الخمس بنت الأخ أو الأخت فاختارها مع ثلاث
انفسخ نكاح العمة أو الخالة.

في اعتبار هذا الترتيب، لأنها زوجتان ظاهراً.
وذكر احتمالاً ثالثاً، وهو عدم توقف اعتبار الأمتين على رضى المحررات أصلاً،
بناءً على أن الاختيار كاستدامة النكاح، إذ لا يشترط صيغة النكاح ولا قبول المرأة،
وإنما هو استدراك عقد أشرف على الزوال فأشبهه الرجعة، ولجوازه في الإحرام، وذكر
أنه قول لبعض الفقهاء.

واحتمل في المسألة احتمالاً رابعاً على هذا القول وهو اعتبار رضى الكل، لأنهم
باختلاف الدين قبل الاختيار كالمطلقة الرجعية، فكل واحدة منهن كزوجة^(١)
واندفاع نكاح الرائد باختبار النصاب يقتضي أنه قبل الاختيار لابد من رضى
الكل؛ لأنهم بحكم الروحات، وقد يناقش فيه بأن اعتبار رضى من يريد دفع نكاحها
موضع المنع.

قوله: (ولو كان احدى الخمس بنت الأخ أو بنت الأخت فاختارها
مع ثلاث انفسخ نكاح العمة والخالة).

أي: لو كان له زوجات خمس احد هن بنت أخ الاخرى منهن أو بنت اختها،
فاختار البنت مع ثلاث غير العمة والخالة اندفع نكاح العمة أو الخالة؛ لريادتها على
النصاب، ولم يعتبر رضاها لخروجها عن الزوجية، بخلاف ما لو كان الجميع أربعاً، فإنه
لا بد من رضى العمة والخالة.

ولقائل أن يقول، يلزم على اعتبار رضى الأربع والخامسة إن لم ينفسخ نكاحها
وبجوب اعتبار رضى العمة أو الخالة هنا؛ لأن اعتبار بنت الأخ أو الأخت مشروط
برضى العمة والخالة، لأنها زوجة، واندفاع نكاحها مشروط بصحة الاختيار.

ولو أسلم على حرة وثلاث إماء تخير مع الحرة أمتين إذا رضيت الحرة،
ولو لم ترض ثبت عقدها وبطل عقد الإماء.

ولو لحق به الإماء وخرجت العدة على كفر الحرة، بطل نكاحها
وتخير أمتين.

ولو عادت في العدة ثبت عقدها خاصة إن لم ترض بالإماء.

وحيث اكتفينا برضى اثنتين في الأولى، وحكمنا بأن من لم يختر نكاحها لا
يكون رضاها معتبراً، تمسكاً بأصالة عدم اعتباره في الزوجة التي يختارها للفسخ، فعدم
اشراط رضى العمة والحالة في هذه الصورة واضح.

قوله: (ولو أسلم على حرة وثلاث إماء تخير مع الحرة أمتين إذا رضيت
الحرة، ولو لم ترض ثبت عقدها وبطل عقد الإماء).

إذا أسلم الحر على حرة وثلاث إماء وثبات واسلمن، وكذا لو كن كتابيات،
تخير مع الحرة أمتين، بناء على أنه لا يشترط نكاح الأمة بعد الطول وخوف العت،
هذا إذا رضيت الحرة بالإماء، فلو لم ترض ثبت عقدها واندمع عقد الإماء لا بحالة.

قوله: (ولو لحق به الإماء وخرجت العدة على كفر الحرة بطل نكاحها
وتخير أمتين).

هذا من شعب المسألة المفروضة، وهي ما إذا أسلم على حرة وثلاث إماء، أي:
لو لحق به الإماء في الصورة المذكورة، بأن أسلمن وخرجت العدة والحرة على كفرها،
حيث كانت مدخولاً بها وهي غير كتابية، بطل نكاح الحرة لا بحالة، فلم يعتبر رضاها
حينئذٍ وتخير من الإماء اثنتين، بناء على أن نكاح الإماء غير مشروط بالشرطين.

قوله: (ولو عادت في العدة ثبت عقدها خاصة إن لم ترض بالإماء).

أي: لو أسلمت في العدة والحال إن الإماء أسلمن، اعتبر رضاها بالإماء ليختار
اثنتين، فإن لم ترض ثبت عقدها خاصة.

ولو طلق الحرة في العدة قبل اسلامها، فإن أسلمت فيها صح الطلاق وبين الاماء إن قلنا ببطلان عقد الأمة على الحرة من أصله، وإن خرجت ولما تسلم ظهر بطلان الطلاق وتخبر في الاماء.

قوله: (ولو طلق الحرة خاصة في العدة قبل اسلامها، فإن أسلمت فيها صح الطلاق وبين الاماء إن قلنا ببطلان عقد الأمة على الحرة من أصله، وإن خرجت ولما تسلم ظهر بطلان الطلاق وتخبر في الاماء).
هذا من أحكام المسألة المذكورة أيضاً، ونحقيقه إنه لو طلق الحرة المدحول بها في العدة قبل اسلامها، نظر فإن أسلمت في العدة كبراً صحة الطلاق لوقوعه على من ثبت زواجها.

ثم الحكم في إمام مبني على أن من عقد على الأمة وعنده حرة بغير اذنها، هل يكون باطلاً من أصله، أو يكون موقوفاً على رضاها؟ فإن قلنا بالأول بآلت الاماء، وإن قلنا بالثاني احتار أمتين.

وإنما بناء على هذا؛ لأنه على القول بالوقف لا مانع من الصحة هنا، لأنه إنما كان المانع الجمع بين الحرة والأمة، وقد رل، ويشكل هذا البناء بأمرين:
الأول. لزوم مثله لو طلق المسلم الحرة بعد أن عقد على الأمة، فيجب الحكم بصحة عقد الأمة في هذه الصورة بناء على لوقف

قال شيخنا الشهيد في بعض حواشيه: والترامه بعيد اعتياداً على أن معنى الوقف صحته إذا أذنت لافساده إذا منعت.

وتوضيحه. إن المعقول من معنى لوقف ها نزول العقد وعدم ثبوته حتى يرضى، لا تسلطها على فسخه مع ثبوته، وبعد الطلاق لا اعتبار لرضاها؛ لخروجها عن الزوجية.

الثاني: إنه يلزم فيمن أسلم عن حرة وأمة ولم يطق بطلان عقد الأمة، بناء على

ولو أسلم الحر على أربع حرائر أو حرتين وأمتين، أو ثلاث حرائر وأمة، أو أسلم العبد على أربع اماء، أو حرة وأمتين، أو حرتين، ثبت العقد على الجميع، لكن مع رضى الحرائر إذا احتتمن مع الإمام، هذا إذا كن

القول بالبطلان في المسألة المذكورة، وظاهرهم خلافه.

والتحقيق ان الباء لا يخلو من اشكال بالنسبة إلى كل من الطرفين، بل ينبغي أن يقال. فيه احتمالان الصحة، لانتفاء الجميع المانع منها والبطلان؛ لتوقفه على رضى الحرة، وقد تعذر بخروجها عن الزوجية.

واحتمل شيخنا الشهيد اعتبار رضاها لو كانت العدة رخصية؛ لأنها زوجة، ثم ضعفه بجريانها إلى بسوتته، ومعه فلا اعتبار لرضاها هذا كله إذا أسلمت في العدة، فلو خرجت ولم تسلم ظهر بطلان الطلاق؛ لأنه إنما يقع على زوجة وقد تبين انقضاء النكاح، باحلاف الدين، وهما عائدتان:

الأولى. قوله (وبن الإمام) جاز على له أكون البراغيث، وفي بعض النسخ وبانت الإمام.

الثانية: في الحكم بصحة الطلاق على تقدير اسلامها في العدة دليل على أن من طلق وهو شاك في تحقق شرط صحة انطلاق، ثم علم حصوله حين وقوعه، يقع طلاقه صحيحاً

وقد يوحد في كلام بعضهم ما يخالف ذلك، ولاشكال متطرق إليه، لأنه حينئذٍ طلق طلاقاً على التردد، ولا بد في التردد ولايقاعات من الحرم. ولأنه أن يمنع من التردد؛ لأن استصحاب الحال يقتضي بقاء الزوجية، والمريل هو خروج العدة قبل الاسلام، وهو مشكوك فيه، ومتى حصل الاشتباه رجع إلى الاستصحاب فلا تردد.

قوله: (ولو أسلم الحر على أربع حرائر أو حرتين وأمتين، أو ثلاث حرائر وأمة وأسلم العبد على أربع اماء، أو حرة وأمتين، أو حرتين، ثبت العقد على الجميع، لكن مع رضى الحرائر إذا اجتمعت مع الاماء، هذا إذا كن

كتابات.

ولو أسلم على أكثر من أربع وثنيات مدخول بهن انتظرت العدة، فإن خرجت ولم تسلم منهن واحدة بطل عقدهن، وإن أسلم فيها أربع فما دون وخرجت ولم تزدن على الأربع، ثبت عقد المسلمات وإن زدن على أربع في العدة تخير أربعاً، وله اختيار من سبق اسلامها ومن تأخر، ويندفع نكاح البواقي.

وكذا لو أسلمن كلهن، ولا يجبر على الاختيار إذا سبق البعض، بل له التريص حتى تخرج العدة، فإن لحقن به أو بعضهن ولم يزدن عن أربع

كتابات).

لما كان للمحر أن يسكح أربع حرائر أو حرتين وامتن أو ثلاث حرائر وامة، على ما سبق بيانه، وكذا للعبد أن يسكح أربع اماء أو حرة وامتن أو حرتين، فإذا أسلم أحدهما على عدد من الأعداد التي يحور له ثبت عقده على الجميع ولم يكن له اختيار؛ لانتفاء الزيادة على النصاب هذا إذا كن كتابات، فإنه يجوز استدامة نكاحهن.

أما إذا كن وثيات فإنه لا بد من اسلامهن معه، أو في العدة إذا كن مدخولاً

هن.

قوله: (ولو أسلم عن أكثر من أربع وثنيات مدخول بهن، انتظرن العدة، فإن خرجت ولم يسلم منهن أحد بطل عقدهن، وإن أسلم فيها أربع فما دون وخرجت ولم يزدن على الأربع، ثبت عقد المسلمات. وإن زدن على أربع في العدة تخير أربعاً، وله اختيار من سبق اسلامها ومن تأخر، ويندفع نكاح البواقي.

وكذا لو أسلمن كلهن، ولا يجبر على الاختيار إذا سبق البعض، بل له التريص حتى تخرج العدة، فإن لحقن به أو بعضهن ولم يزدن على أربع

ثبت عقده عليهن، وإن زدن عن أربع تخير أربعاً.
ولو اختار من سبق اسلامهن وكن أربعاً لم يكن له اختيار من لحق
به ولو في العدة.

ثبت عقده عليهن، وإن زدن على أربع تخير أربعاً.
ولو اختار من سبق اسلامهن وكن أربعاً، لم يكن له اختيار من لحق
به ولو في العدة).

يصح تقدير المسلم حراً أو عبداً، لكن لا بد أن يراعى في اختيار الحر اختباره
لما يجوز له من الحرائر والاماء، فإذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع وثنيات مدخول
بين - وهذا القيد ليكون لمن عدته ينتظر اسلامهن - فهناك أحوال.

الأول: أن لا تسلم واحدة منهن في العدة، فيسبب اندفاع نكاحهن باحتلال
الدين، وهو واضح.

الثاني: أن يسلم فيها أربع فما دون، ويخرج عدد الباقيات قبل اسلام احداهن،
فتتبع المسلمات في العدة، ويدفع نكاح البواقي؛ لأنه إما يتخير اذا راد عدد من
يستدام نكاحهن على النصاب.

الثالث: هذه الصورة بحالها لكن زدن في العدد على أربع، فيتخير حينئذ أربعاً.
وله اختيار من سبق اسلامها ومن تأخر، لأن الاعتبار بحواز استدامة النكاح يكون
الاسلام في العدة ولو قبل اخرها بلحظة، فإذا اختار أربعاً اندفع نكاح البواقي.

وأما من حرمت عدتها ولم تسلم، فإنها بخروج العدة تتبين بينوتتها.

الرابع: أن يسلمن كلهن في العدة فيختار أربعاً، فإذا اختاره اندفع البواقي.
ولا يخفى أنه حيث سبق البعض والعدة باقية لا يحجر على الاختيار لمن سبق؛
لامكان لحاق البواقي أو بعضهن، بل له لتربص حتى تخرج العدة، فإن لم يردن عن
أربع ثبت عقده عليهن، وإن زدن تخير أربعاً.

ولو أسلم عن أربع وثنيات مدخول بهن لم يكن له العقد على خامسة، ولا على أخت أحدهن إلا بعد انقضاء العدة مع بقائهن على الكفر، أو بقاء إحدى الأربع أو الأخت عليه.

ولو اختار من سبق إسلامهن وكن أربعاً لم يكن له اختيار من لحق به، وإن كان اللحاق في العدة؛ لأنه باختياره للأربع يندفع نكاح البواقي لو كن مسلمات وتجدد إسلامهن بعد الاختيار.

قوله: (ولو أسلم عن أربع وثنيات مدخول بهن، لم يكن له العقد على خامسة ولا على أخت أحدهن إلا بعد انقضاء العدة مع بقائهن على الكفر أو بقاء إحدى الأربع أو الأخت عليه).

إذا أسلم عن أربع وثنيات مدخول بهن - وقد علم وجه هذا القيد - لم يكن له العقد على خامسة، ولا على أخت أحدهن، إلا بعد انقضاء العدة مع بقائهن على الكفر أو بقاء إحدى الأربع عليه.

وكونها أخت من يريد العقد عليها حيث تكون الخامسة اختاً لأحدى الأربع، لأنهن قبل ذلك لا يعلم اندفاع زوجيتهن؛ لحوار إسلامهن في العدة فثبتت نكاحهن أو إسلام الأخت، فثبتت نكاحها وتمتع منها.

فإن قيل: حيث جاز طلاق الحرة في المسألة السابقة في العدة قبل إسلامها، وكان إسلامها قبل خروج العدة مصححاً له، وعدمه كاشفاً عن فسادها، فلم لا يجوز هنا العقد على الخامسة وعلى الأخت، وينظر العدة فإن أسلمن كلهن فيها تبين بطلان نكاح الخامسة، وكذا لو أسلمت الأخت تبين بطلان نكاح أختها، وإلا ثبتت الصحة.

قلنا: يمكن الفرق بأن شرط الطلاق حاصل ظاهراً، لأن المطلق قد كانت زوجة قبل الإسلام ولم يتبين اندفاع نكاحها بالإسلام حينئذ، فيتمسك بالأصل ظاهراً، ثم ينظر إلى الكاشف وهو إسلامها في العدة وعدمه، بخلاف نكاح الخامسة

ولو أسلمت الوثنية فتزوج الكافر باختها، فإن انقضت العدة على كفره صح عقد الثانية، ولو أسلما في عدة لأولى تخير.
ولو تأخر أسلام الثانية حتى خرجت عدة الأولى وقد أسلم بانت، ويحتمل انتظار العدة للثانية من حين أسلامه، فإن لحقت به تخير وإن خرجت عدة الأولى.

والاحت: لأن المانع - وهو نكاح الأربع أو الأخت - موجود طاهراً، لأنهم قبل الإسلام كن زوجات، ولم يعلم زوال لروحته بالأصل بقاؤها إلى أن يعلم المزيل، فالمصحح طاهراً موحود في الأول، والمانع طاهراً موحود في الثاني، فظهر الفرق. ومن هذا يظهر جواب السؤال السابق: أعني وقوع الطلاق على التردد

قوله: (ولو أسلمت الوثنية فتزوج الكافر باختها، فإن انقضت العدة على كفره صح عقد الثانية. ولو أسلما في عدة الأولى تخير، ولو تأخر أسلام الثانية حتى خرجت عدة الأولى وقد أسلم بانت. ويحتمل انتظار العدة للثانية من حين أسلامه، فإن لحقت به تخير وإن خرجت عدة الأولى)
لو أسلمت روحه الكافر وكانت وثنية مدحولاً بها، فإنه ينتظر بنكاحها أسلامه في عدتها أو خروجها وهو على كفره.

فلو عقد على اختها صح العقد؛ لأن نكاح الكفر صحيح كما سبق. ثم ينظر، فإن انقضت عدة المسلمة وهو على كفره اندفع نكاح الأولى وتقرر عقد الثانية.
ولو أسلما أو أسلم الزوج أو الأخت المكوكة في عدة الأولى تخير أيتها شاء، فإن كان لم يدخل بالثانية فلا أن يكون أسلامها دفعة حذراً من انفساخ العقد.
لكن ما سيأتي من عبارته يدل على أنه دخل بالثانية، فحينئذ لا يشترط أسلامها دفعة، فإذا تأخر أسلام الثانية حتى خرجت عدة الأولى وقد أسلم بانت الثانية، وبذلك لأنه لما أسلمت الأولى حكم بصرب العدة لها من حين أسلامها.

ولو أسلم العبد عن أربع حرائر فصاعداً وثنيات، ثم اعتق ولحقن

وحكمه أنه متى أسلم الروح في العدة ثبت نكاحها ما لم يكن هناك مانع، ولا مانع هنا؛ لكون الثانية كافرة، فيستقر عقد الأولى ويندفع نكاح الثانية، لانتفاء صلاحيتها للزوجة لامتناع الجمع بين الاختين، وهذا قول بعض الأصحاب. ويحتمل انتظار العدة للثانية من حين إسلامه، فإن لحقت به في عدتها تخير وإن خرجت عدة الأولى.

ووجهه أن المقتضي لاصحاح نكاح الثانية إنما هو إسلام الزوج، ولهذا لو بقي على الكفر استمر النكاح؛ لأن نكاح الكفر صحيح على ما قدمناه، وقد وقع العقد على الأخت في حال كفرها، فعليه كانت مدخولاً بها ويجب ضرب العدة لها كما في كل مدخول بها أسلم زوجها. فإن أسلمت في العدة وجب الحكم بعدم اصحاح النكاح باحتمال الدين، وحينئذ فيتخير أيها شاء ولا ينظر إلى بقاء عدة الأولى ونقضاتها، وهذا الاحتمال هو المختار.

والجواب عن دليل الأول: المانع من مدحاح نكاح الثانية بإسلام الأولى قبلها، وامتناع الجمع بين الاختين لا يقتضي ذلك، بما يقتضي امتناع كونها معاً زوجين.

وليس الحكم ببقاء نكاح الثانية انشاء نكاح للاخت بعد الإسلام، وإياها هو عقد وقع في الكفر صحيحاً، فإذا لم يكن اختلاف الدين موجباً، لفسخه لم يثبت لأحد النكاحين أولوية على الآخر، ولم يكن لسبق إسلام إحدى الاختين مزية على تجديد إسلام الأخرى.

ومثله ما لو أسلم زوجاته الأربع وهن مدخول هن دونه فتزوج خامسة ودخل بها ثم أسلم وتأخر إسلامها حتى خرجت عدة الأربع

قوله: (ولو أسلم العبد على أربع حرائر فصاعداً وثنيات، ثم أعتق

به في العدة تخير اثنتين، فإذا اختارهما انفسخ نكاح البواقي، وكان له العقد على اثنتين أخرتين؛ لأنه حينئذ حر، ولو اعتق أولاً ثم أسلم ولحقن به تخير أربعاً،

ولحقن به في العدة تخير اثنتين فإن اختارهما انفسخ نكاح البواقي، وكان له العقد على اثنتين أخرتين؛ لأنه حينئذ حر، ولو اعتق أولاً ثم أسلم ولحقن به تخير أربعاً.

اختلف كلام الأصحاب في هذه المسألة، فذهب الشيخ في المبسوط^(١) والمصنف في التذكرة والتحرير إلى أنه إذا اجتمع إسلام الروح والزوجات قبل عتقه كان له حكم العبد فيخصار حرثه فقط، وإن أعرق قبل إجماع الإسلاميين كان له حكم الأحرار فيختار أربعاً^(٢).

وذهب في هذا الكتاب إلى أنه إذا تأخر عتقه عن إسلامه لم يكن له اختيار الأربع، بل حكمه حكم العبد؛ لأنه في وقت ثبوت الاختيار له والزمه بأحكام الإسلام كلها كان عبداً فانهصر اختياره في اثنتين، بخلاف ما لو اعتق قبل إسلامه فإن له حكم الأحرار؛ لأنه في وقت ثبوت الاختيار له وحرمان أحكام الإسلام جميعها عليه والزمه بجميعها كان حراً، فيجري عليه حكم الحرية.

والمحقق نجم الدين في الشرائع استشكل الفرق بين ما إذا أسلم وأسلم معه اثنتان من الأربع ثم اعتق، وبين ما إذا أسلموا ثم اعتق ثم أسلم أو أسلمن بعد عتقه وإسلامه في العدة، حيث ن له في الأول اختيار اثنتين خاصة وفيها عداة اختيار أربع^(٣)، وقد بينا وجه الفرق، والشيخ في المبسوط فرق بينهما، وكذا المصنف وغيره،

(١) المبسوط ٢٢٨٤

(٢) التذكرة ٦٥٦٢، التحرير ١٩٢

(٣) شرائع الإسلام ٢٩٧٢

وإذا أسلم الحر عن أكثر من أربع حرائر مدخول بهن وثنيات انتظرت
العدة، فإن لحق به أربع كان له الانتظار، فإن اختار المسلمات انقطعت عصمة
البواقي.

ثم إن أسلم قبل انقضاء العدة، علمت البيئونة باختياره للأربع،
وكانت عدتهن من ذلك الوقت.
وإن أقمن على كفرهن إلى الانقضاء، علمت البيئونة منهن باختلاف
الدين.



والفرق هو المختار.

واعلم أن قول المصنف: (لأنه حيث حريراً تعطل لقوله، (وكان له العقد على
أثنين آخرين) لا لما قبله؛ لما فاته الحكم.
قوله: (وإذا أسلم الحر عن أكثر من أربع حرائر مدخول بهن وثنيات
انتظرت العدة، فإن لحق به أربع كان له الانتظار، فإن اختار المسلمات
انقطعت عصمة البواقي. ثم إن أسلم قبل انقضاء العدة علمت البيئونة
باختياره للأربع، وكانت عدتهن من ذلك الوقت، وإن أقمن على كفرهن إلى
الانقضاء علمت البيئونة منهن باختلاف الدين)

هذا العرص المذكور في كلام المصنف هو بعينه ما تقدم في كلامه قبل هذا
بأسطر، وهو قوله، (ولو أسلم عن أكثر من أربع وثنيات مدخول بهن ..)،
وإما ذكر هذا العرص لذكر الأحكام التي زادها هنا، وقد كان يمكنه ذكرها
هناك فيستعي عن الاطالة، لكنه لما لم يعيد فيها سبق المسلم بكونه حرراً والمسلمات
بكونهن حرائر شمل العرص العبد وإماء، ولا منفاة باعتبار ذلك؛ لأن لكل من الحر
والعبد اختيار أربع في الجملة وإن اختلف الحكم باعتبار كونهن حرائر وإماء،
إذا تقرر ذلك فاعلم أنه إذا أسلم الحر عن أكثر من أربع حرائر مدخول بهن

وإن انتظر اسلام البواقي: فإن أقمن على الكفر حتى خرجت
العدة ظهرت البيونة من حين الاختلاف، وأن عددهن انقضت، وأن الأول
قد لزمه نكاحهن بغير اختياره؛ لأن اختياره إنما يكون بين عدد لا يجوز له
جمعه.

وثنيات، انتظرت العدة في ادفاع نكاحهن بالاسلام وعنده كما علم غير مرة، فإن لم
يلحق به أحد فظاهر ادفاع نكاح الجميع بالاسلام.

وإن لحق به أربع كان له انتظار لبواقي، فلا يحدث اختياراً ولا بها يستلزمه إلى
أن ينتظر ما يكون منهن، وله أن لا ينتظر بأن يطرح باختيار المسلمات أو يطلقهن،
فإن الطلاق يستلزم الاختيار أو توسع نكاحهن، فهذه أقسام أربعة:

الأول: أن يختار المسلمات فتتقطع عصمة البواقي قطعاً، وهل هو باختلاف
الدين أو بالاختيار؟ ينتظر من أسمن قبل انقضاء العدة علمت البيونة باختياره
للأربع وكانت عدتهن من ذلك الوقت، لأنهن بالاسلام والعدة صالحات لاستدامة
نكاحهن كغيرهن، فلا بين إلا بالاختيار

وإن أقمن على كفرهن حتى بقضت عددهن علمت البيونة باختلاف الدين،
ولم يكن للاختيار أثر لتعين لمسمات نكاح، وهذا ضابط مستمر، وهو أنه متى كان
الاختيار هو المقتضي للبيونة قاعدة من حيزه، ومتى كان البقاء على الكفر إلى
انقضاء العدة هو المقتضي له فالعدة من حين الاسلام.

واعلم أن قول المصنف: (من لحق به) لا معادل له في كلامه، استقام بها
تقدم في الفرض المذكور سابقاً

قوله: (وإن انتظر اسلام البواقي، فإن أقمن على الكفر حتى
خرجت العدة ظهرت البيونة من حين الاختلاف، وإن عددهن انقضت،
وإن الأول قد لزمه نكاحهن بغير اختياره؛ لأن اختياره إنما يكون بين عدد
لا يجوز له جمعه.

وإن أسلمن في العدة، فإن اختار أربعاً انفسخ نكاح البواقي من حين الاختيار ويعتدون من وقته، فإن طلق المسلمات انقطعت عصمة الباقيات.

ثم إن أقمن على الكفر حتى انقضت العدة بنى باختلاف الدين، وإن أسلمن فيها بنى من حين الطلاق.

وإن أسلمن في العدة، فإن اختار أربعاً انفسخ نكاح البواقي من حين الاختيار ويعتدون من وقته

هذا هو القسم الثاني من أقسام الأربعة، وهو انتظار اسلام البواقي وعدمه، وكان الأحسن أن يفتى على الأقسام الثلاثة أو أربعة عنها؛ لأنها مقابل الانتظار، وتجميعه أنه إذا انتظر اسلامهن، فإن يقن على لكفر حتى انقضت العدة، تبنى بينوتهن باختلاف الدين وانقضت عددهن ولم ينكح الأولى، وإن أسلمن في العدة فمضى حتم أربعاً انفسخ نكاح البواقي من حين الاختيار ويعتدون من وقته، ولا يخفى أنه لو قال قضى اختار ربماً بدل قوله، (فإن اختار)، كان أحسن، فإنه لا يستدعي معادلاً، ولأنه لا بد من الاختيار

قوله: (فإن طلق المسلمات انقطعت عصمة الباقيات لاستحالة توجه الطلاق إلى غير زوجة، ثم إن أقمن على الكفر حتى انقضت العدة بنى باختلاف الدين، وإن أسلمن فيها بنى من حين الطلاق).

هذا هو القسم لثالث من الأقسام لأربعة، وهو ثاني الأقسام الثلاثة المقابلة للانتظار، وهو أن يطلق مسلمات، وحكمه أنه بمنزلة الاختيار؛ لاستحالة توجه الطلاق إلى غير زوجة، ولا يخفى أن الفاء في قوله (فإن طلق)، لا موقع لها والأحسن عطفه بالواو.

ولو اختار فسخ المسلمات لم يكن له إلا بعد اسلام أربع، لإمكان أن لا يسلمن في العدة فيلزمه نكاح المسلمات. فلو اختار الفسخ ولم تسلم الباقيات في العدة انفصل نكاحهن، ولزمه نكاح من اختار فسخهن. وإن أسلمن، فإن اختار منهن أربعاً انفسخ الزائد والأوائل. وإن اختار الأولات احتمل الصحة؛ لأن فسخه الأول لم يكن صحيحاً وقت وقوعه، والبطالان؛ لأن بطلان الفسخ إنها يتم لو أقام البواقي على الكفر؛ لأننا نتبين لزوم نكاح المسلمات. فأما إذا أسلم البواقي، فإذا فسح فيه نكاح من شاء جاز ولم يكن له أن يختارها.

قوله: (ولو اختار فسح المسلمات لم يكن له إلا بعد اسلام أربع؛ لإمكان أن لا يسلمن في العدة فيلزمه نكاح المسلمات). هذا هو القسم الرابع، وهو أن يختار فسح نكاح المسلمات، وقد حكم المصنف بأنه ليس له ذلك إلا بعد اسلام أربع آخر في العدة، لإمكان أن لا يسلم غير الأول فيلزمه نكاحهن، فيقع الفسخ باطلاً، ومراده على ما يرشد اليه التعليق. ويدل عليه ما سيأتي من كلامه أنه ليس له الفسخ المحكوم بتأثره في الحال، أما غيره فسيأتي في كلامه تردد فيه، فهو لا هذا الحمل لتدافع كلامه.

قوله: (ولو اختار الفسخ ولم تسلم الباقيات في العدة انفصل نكاحهن، ولزمه نكاح من اختار فسخهن، وإن أسلمن فإن اختار منهن أربعاً انفسخ الزائد والأوائل، وإن اختار الأولات احتمل الصحة؛ لأن فسخه الأول لم يكن صحيحاً وقت وقوعه، والبطالان؛ لأن بطلان الفسخ إنها يتم لو أقام البواقي على الكفر لأننا تبيننا لزوم نكاح المسلمات، فأما إذا أسلم البواقي، فإذا فسح فيه نكاح من شاء جاز ولم يكن له أن يختارها).

هذا من أحكام القسم الرابع، أي، فلو أقدم على اختيار الفسخ للمسلمات ولم تسلم الباقيات، فظاهر انفصال نكاحهن، باختلاف الدين فيقع الفسخ لاغياً، ويلزمه نكاح من اختار فسخ نكاحهن.

وإن أسلمن في العدة، فإن اختار منهن أربعاً - لو كن أكثر من أربع - انفسخ نكاح الزائد والأوائل قطعاً. وإن اختار لأوائل - وهي التي فسخ نكاحهن - ففي صحة اختياره وفساده وجهان:

أحدهما: الصحة، لأن فسخه الأول لم يكن صحيحاً وقت وقوعه؛ وذلك لأنه لا يترتب عليه أثر فاسد.

ولما منع أن يمنع عدم ترتب أثره عليه، فإن عدم ظهور ترتبه في الحال لا يمنع انكشاف ترتبه فيها بعد.

والحاصل أن صحة الفسخ مشروطة بكون الروحات عدداً يبقى منه بعد فسخ الأربع أربع فصاعداً، وبإسلام البواقي في العدة انكشف حصول الشرط في وقت الفسخ، فوجب أن يكون صحيحاً.

نعم، قد يقال: يشترط في الفسخ أن لا يقع على التردد، وحين ايقاعه كان حصول الشرط مشكوكاً فيه، فوقع على التردد فلا يكون صحيحاً.

وثانيهما: البطلان، أي: بطلان اختيار الأوائل؛ وذلك لأن الفسخ وقع صحيحاً، لأن بطلانه إنما يتم لو أقام البواقي على الكفر، لانقضاء الشرط حينئذ، وهو الزيادة على العدد وهي مستفيدة فتيين لزوم نكاح المسلمات.

فأما إذا أسلم البواقي في العدة فإن الشرط حاصل، فإذا فسخ في حال إسلامهن نكاح من شاء حار ووقع الفسخ صحيحاً، وإن تقدم الفسخ على إسلامهن بحصول شرطه بحسب الواقع، وحينئذ فمن فسخ نكاحها ليس له أن يختارها بعد.

والتحقيق أنه لا مانع من صحة الفسخ على تقدير إسلام البواقي، إلا جهله

ولو أسلم عن أربع اماء وحره فأسلمن وتأخرت الحره واعتقن، لم يكن له اختيار واحدة منهن إن منعنا من نكاح الأمة للقادر على الحره؛ لجواز اسلام الحره.

وإنما تعتبر حاله حال ثبوت الخيار، وهو حال اجتماع اسلامه واسلامهن، وقد كن حينئذ اماء، فإن أسلمت الحره بن، وإن تأخرت حتى انقضت بانت، وكان له اختيار اثنتين لا غير اعتباراً بحال اجتماع الاسلامين.

بحصول شرطه في وقت ايقاعه وذلك يقتضي ايقاعه على الرد، وعدم الحزم بكونه فسخاً، فإن كان ذلك متافياً للصحة وقع فاسداً ولا يلان ومثله نقول في سائر العقود ولايقاعات، فلو باع مال مورثه لاحتمال موته وانتعال الملك اليه فصادف موته.

وكذا لو وهبه لآخر، أو أصدقه، مرأه، أو طلق زوجته جاهلاً بانتقالها من طهر إلى آخر حيث يشترط ذلك، ثم تبين حصول الشرط بحسب الواقع، ففي الصحة في ذلك تردد.

وما ذكره الأصحاب من أن العقود بالقصود قد يقال: إنه يقتضي الفساد وإنما في ذلك من المتوقفين.

قوله: (ولو أسلم عن أربع اماء وحره فأسلمن وتأخرت الحره واعتقن لم يكن له اختيار واحدة منهن إن منعنا من نكاح الأمة للقادر على الحره لجواز اسلام الحره، وإنما يعتبر حاله حال ثبوت الخيار، وهو حال اجتماع اسلامه واسلامهن وقد كن حينئذ اماء.

فإن أسلمت الحره بن وإن تأخرت حتى انقضت بانت وكان له اختيار اثنتين لا غير اعتباراً بحال اجتماع سلامهن).

لو أسلم الحر عن أربع أماء وحررة وثنيات مدخول بهن، فأسلمن الإمام وتأخرت الحررة واعتقن، فقد حكم المصنف بأنه ليس له اختيار واحدة من الأماء، لا قبل العتق ولا بعده على القول بمنع الحر القادر على نكاح الحررة من نكاح الأمة. أما قبل العتق فظاهر؛ لأنه متمسك بنكاح حررة، فإنه يجوز أن يسلم في العدة. وأما بعده؛ فلأن الاعتبار بحريرتهن وضدها وقت اجتماع اسلامه واسلامهن؛ لأن وقت الاختيار حينئذ، وفي هذه الحالة كن أماء إذ المفروض أن اعتاقهن بعد اسلامهن واسلامهن بعد اسلامه، بل ينتظر إلى أسلمت الحررة بهن، أعني الأماء.

ومتى تكون بيوتتهن يسبي أن يكون من حين اسلامه؛ لأنه وقت التزامه بأحكام الاسلام، وقد تبين أن له ~~حسيناً~~ زوجة ~~حسيناً~~.

وإن تأخرت الحررة حتى انقضت العدة بانت باخلاف الدين، وكان له اختيار أمتين لا غير، اعتباراً بوقت اجتماع اسلامهن مع اسلامه.

وقد حذف المصنف لفظة مع اسلامه اكتفاء بدلالة اجتماع عليه، وفي بعض النسخ: اعتباراً بحال اجتماع الاسلامين.

واعلم أن هذا الذي ذكره المصنف نحو ما ذكره الشيخ في المبسوط^(١)، لكنه زاد فيه قوله: (إن منعنا من نكاح الأمة إلى آخره، وعليه ثلاث اشكالات).

الأول: إن بناء قوله: (لم يكن له اختيار واحدة منهن على منع نكاح القادر على نكاح الحررة من نكاح الأمة) بناء غير ظاهر، وذلك لأنه يقتضي عدم الفرق بين ابتداء الأول نكاح الأمة واستدامته، وقد صرح الأصحاب بالفرق.

وإن اشتراط نكاح الأمة بالعمر عن نكاح الحررة إنما هو في الابتداء لا في الاستدامة، ولولا ذلك لزم أنه متى أسلم الحر على أماء وكان قادراً على نكاح الحررة،

ولو اعتقن قبل اسلامه، ثم أسلم وأسلمن أو اعتقن بعد اسلامه على اشكال، ثم أسلمن بعد اسلامه، كان له اختيار الأربع؛ لأن حالة الاختيار حال اجتماع الاسلامين وهن حينئذٍ حرائر، فإن اختارهن انقطعت الخامسة.

ينفسخ نكاحهن، وكذا إذا أسلم وتحت حرة.

وأما ينفسخ نكاح الاماء إذا أسلمت الحرة وإن رضيت بنكاحهن، وليس بهرضي عندها، وقد صرح الأصحاب بخلافه، وإنما يجب أن يقال: ينتظر اسلام الحرة، فإن أسلمت توقف على رضاها، **إلا حنار أمتهن**، الثاني: اعترافه بأن الاعتبار في الرقبة والحرية هو وقت اجتماع اسلامه واسلامهن، باقي ما سبق من أنه إذا أسلم العبد على أربع حرائر ثم اعتق واسلمن في العدة يختار أمين فقط، لأن وقت اجتماع الاسلامين كان حراً، فكان حقه أن يختار أربعاً.

وما سيأتي من قوله، (أو اعتقن بعد اسلامه على اشكال) فإن الاشكال لا يتجه إذا كنا لا نعتبر إلا وقت اجتماع الاسلامين.

الثالث، قوله، (وإن تأخرت حتى انقضت بابت وكان له اختيار اثنتين لا غير بناء على منع القادر على نكاح الحرة من نكاح الأمة) مشكل، فإن نكاح الأمتين على هذا التقدير ممنوع منه، وظاهره بناءً لمسلمة على ذلك القول.

قوله: (ولو اعتقن قبل اسلامه ثم أسلم وأسلمن أو اعتقن بعد اسلامه على اشكال، ثم أسلمن بعد اسلامه كان له اختيار الأربع؛ لأن حالة الاختيار حال اجتماع الاسلامين وهن حينئذٍ حرائر، فإن اختارهن انقطعت الخامسة).

هذه من شعب المسألة السابقة، وفيها صورتان:

أ: عتقهن قبل اسلامه واسلامهن معاً.

ب: عتقهن بعد اسلامه وقبل اسلامهن.
وبقي صورة وهي عتقهن بعد اسلامهن وقبل اسلامه، والذي سبق في أول المسألة عتقهن بعد الاسلامين.

فأما إذا كان عتقهن قبل اسلامه واسلامهن معاً، فلا اشكال في أن له اختيار أربع؛ لأنهن في وقت التزامه بأحكام الاسلام وجريان لأحكام عليه حرائر، فكان هن حكم الحرائر في الأصل فيختار أربعاً.

وأما إذا كان عتقهن بعد اسلامه وقبل اسلامهن، فقد ذكر المصنف فيه اشكالاً ينشأ: مما ذكره المصنف، وهو أن حالة الاختيار حال اجتماع الاسلامين، وهن في هذه الحالة حرائر فله أن يختار أربعاً.

ومن أن حالة اسلامه هي حالة التزامه بأحكام الاسلام وحالة حريرتها عليه، فيكون المعتبر حالة اسلامه فقط، وهن حينئذ اماء فيختار اثنتين فقط، وهذا أقوى.
لا يقال: قبل اجتماع الاسلامين ليس له اختيار قطعاً، فيكون وقت الاختيار حين اجتماعهما، فتجري عليه الأحكام باعتبار تلك الحالة.

لأننا نقول: المانع من الاختيار قبل اجتماع الاسلامين هو عدم العلم ببقاء الزوجية، والاختيار حررها، وإما يتبين ذلك بالاسلام في العدة وعدمه، حتى لو علم بقاء الزوجية بسبب من الأسباب الموحية لعدم كاخيار المعصوم، لم يمنع من الاختيار قبل اجتماع الاسلامين، ومن ثم يجعل الاختيار الواقع قبل اجتماع الاسلامين مراعى، وكذا الطلاق.

فعلى هذا إما يختار اثنتين من الإماء مع الحره إذا أسلمت في العدة، وعلى الأول له اختيار الأربع فتبين الخامسة وإن أسلمت في العدة، وأما إذا اعتقن بعد اسلامهن وقبل اسلامه فإن له أن يختار الأربع.

أما على اعتبار اجتماع الاسلامين مظاهراً، وأما على اعتبار اسلامهن؛ فلاه

ولو أسلم عن خمس فلحق به أربع، فله اختيار ثلاث وانتظار الخيار في الرابعة حتى تخرج عدة الخامسة على الشرك.
وهل له انتظار الخيار في الجميع؟ الأقرب المنع؛ لأنه يلزمه نكاح ثلاث منهن فيختار ثلاثاً، فإن أسلمت الخامسة تحيّر، وإلاً لزمه نكاح الرابعة.

إنما أسلم بعد أن صرن حرائر.

واعلم أن الدليل الذي عُلّق به المصنف، وهو قوله: (لأن حالة الاختيار حالة اجتناع الإسلاميين) إن تم لم يتجه الاشكال لنفي ذكره في المسألة الثانية، ولم يسلم له ما افترى به حين إذا أسلم لم يدر ثم أعنى ثم أسلم الروحات.
قوله: (ولو أسلم على خمس فالحق به أربع، فله اختيار ثلاث، وانتظار الخيار في الرابعة حتى تخرج عدة الخامسة على الشرك، وهل له الانتظار في الجميع؟ الأقرب المنع؛ لأنه يلزمه نكاح ثلاث منهن فيختار ثلاثاً، فإن أسلمت الخامسة تحيّر، وإلاً لزمه نكاح الرابعة).

توصيح ما ذكره المصنف وحهاً لأقرب أن هذا يلزمه نكاح ثلاث منهن على كل تقدير من تقديري اسلام الخامسة وعدمه، وكل من كان كذلك تعين عليه الاحتيار من غير تأخير، فالكرى محدوفة، ووجه صحتها أن للزوجات حقاً، فلا يجوز تضييعه بالتأخير.

وأما الصعري فللناظر أن ينظر فيها، فإنه إن أرادها أنه يلزمه نكاح ثلاث على التعيين، فمعلوم أنه ليس كذلك، إذ لو كان هكذا، لم يكن للاختيار معنى. وإن أراد أنه لا على لتعين، فالكرى مملوغة، فإنه من المعلوم أنه ليس كل من يلزمه نكاح ثلاث أو أربع في الجملة يجب عليه تعجيل الاختيار.

ووجهه أيضاً بأن الاحتيار إنما يكون عند الريادة على الأربع، ولم يوجد، وليس بشيء، وبأنه للثلاث عليه حقوق لروحانية، فلا يحل تأخيرها كالمباينة، وفيه نظر؛ لأن

ولو أسلم تحت العبد المشترك أربع إماء ثم اعتقن قبل إسلامه، كان
 هن الفسخ، فإن لم يسلم بن بالاختلاف من حين إسلامهن وظهر فساد
 الفسخ ويكملن عدة الحرائر وإن أسلم في العدة بن بالفسخ.
 ولو أخرج الفسخ حتى أسلم كان هن الفسخ؛ لأنهن تركنه اعتماداً
 على الفسخ بالاختلاف كالمطقة رجعيّاً إذا اعتقت وأخرجت الفسخ.

ذلك حيث لا يكون التأخير للانتظار سلافاً لبعض الزوجات.
 وأما إذا كان للانتظار فقد تعارض الحقان فيطلب المرحح، والأصل عدم تحتم
 الاختيار

قوله: (ولو أسلم تحت العبد المشترك أربع إماء، ثم اعتقن قبل
 إسلامه، كان هن الفسخ، فإن لم يسلم بن بالاختلاف من حين إسلامهن
 وظهر فساد الفسخ، ويكملن عدة الحرائر.
 وإن أسلم في العدة بن بالفسخ، ولو أخرج الفسخ حتى أسلم كان
 هن الفسخ؛ لأنهن تركنه اعتماداً على الفسخ بالاختلاف، كالمطقة رجعيّاً
 إذا اعتقت وأخرجت الفسخ).

إذا كانت تحت العبد المشترك أربع ماء مدحول من فأسلمن ثم عتقن قبل
 إسلامه، فقد حكم المصنف بأن هن الفسخ، نظراً إلى أن كل أمة اعتقت تخيرت في
 لتكاح.

لكن يرد عليه أن هذا الفسخ إما يكون مع بقاء التكاح، ومن الممكن أن لا
 يسلم في العدة، فيكون التكاح قد انقطع باختلاف الدين، وقد سبق للمصنف تردد في
 نظير هذه المسألة، وهي قوله (ولو اختار فسخ المسلمات ..).

ويمكن الجواب بأن الأصل بقاء التكاح، فيجوز إنشاء الفسخ فيقع مراعى
 ولا بأس بذلك، فعلى هذا إذا فسخ بن بغير فإن لم يسلم في العدة تبين بينوتهن

وإن أسلم في العدة اخترن فراقه فعليهن عدة الحرائر، وإن اخترن
نكاحه اختار اثنتين.
وإن اخترن المقام معه قبل إسلامه لم يصح، ولم يسقط حقهن من
الفسخ عند إسلامه على أشكال.

باختلاف الدين من حين إسلامهن وظهر فساد الفسخ، ويكملن عدة الحرائر لأنهن
حرائر حينئذ.

وإن أسلم في العدة من الفسخ؛ ليعلم كنكاح إلى حينه ولو اخترن الفسخ
حتى أسلم لم يسقط حقهن منه وإن كان فوراً لأنهن تركته اعتياداً على الفسخ
بالاختلاف، لأنه سبب ظاهر في كسح عصمه لنكاح، فلا يعد التأخير معه أهلاً
كالطالقة رجعيّاً إذا اعتصم، فإنها لو أحررت الفسخ لا يعد أهلاً، ولم يسقط حقها من
الفسخ، فيكون ذلك جواباً عن سؤال مقدر.

قوله: (وإن أسلم في العدة فاخترن فراقه فعليهن عدة الحرائر، وإن
اخترن نكاحه اختار اثنتين، وإن اخترن المقام معه قبل إسلامه لم يصح، ولم
يسقط حقهن من الفسخ عند إسلامه).
هذا من جملة شعب المسألة السابقة.

وتحقيقه: إنه إذا أسلم في العدة، وقد أحرر الفسخ فاخترن فراقه فعليهن عدة
الحرائر من حين الفسخ، وإن اخترن نكاحه لم يحز له أن يختار سوى اثنتين؛ لأنهن في
وقت ثبوت الاختيار حرائر، ولا يسوع للعهد أريد من حرتين.

ولو صرح باختيار المقام معه قبل إسلامه لم يصح، لأنه حينئذ كافر، ولا يملك
الكافر نكاح المسلمة، فعلى هذا لا يسقط حقهن من الفسخ عند إسلامه.

ولقائل أن يقول: إنه كما لا يصح فسخهن قبل إسلامه ويقع مراعى، كذا لا
يتمتع اختيارهن بمقام معه قبل لا إسلام أيضاً ويقع مراعى

ولو أسلم قبلهن فاعتقن، فإن اخترن المقام لم يصح؛ لأنهن جاريات إلى بينونة، وإن اخترن الفسخ فلهن ذلك.

وفي بعض النسخ: على اشكالٍ ومنشؤه من وجود المانع من اختيار المقام معه وهو الكفر، فيقع لاغياً. ومن امكان وقوعه مراعى، بل هو الظاهر؛ لأن عصمة النكاح مستصعبة إلى أن يعلم القاطع.

والذي أراه أنه لا فرق بين اختيارهن الفسخ والمقام معه، فكل ما يقال في احدهما يقال في الآخر مثله، ففرق المصنف بينهما في الفتوى أو في الجزم، والاشكال لا يخلو من نظره وهنا فائدتان:

الأولى: ينبغي أن يقرأ المقام من قوله (وإن اخترن المقام) بصم الميم على أنه مصدر ميمي، إذ لا موقع له هنا مع الفسخ.

الثانية: الظاهر أن المراد بقوله (ولو أسلم في العدة فاحترن حره) أنهن احرى الفسخ أو المقام حتى أسلم، ثم اخترن أحد الأمرين، وظهر أن العبارة غير واضحة بذلك وأن نظمها غير حسن.

وقوله (وإن اخترن المقام معه قبل سلامه) شعبة أخرى من شعب المسألة، هي مقابل تعجيل الفسخ قبل سلامه، وهو ظاهر، فيكون المذكور ثلاث شعب تعجيل الفسخ، وتعجيل اختيار المقام، وتأخيرهما إلى زمان سلامه.

قوله: (ولو أسلم قبلهن فاعتقن، فإن اخترن المقام لم يصح؛ لأنهن جاريات إلى بينونة، فإن اخترن الفسخ فلهن ذلك).

أي: لو كان تحت العبد لمشرك أربع اماء فأسلم قبلهن، ثم عتقن قبل اسلامهن، فإن اخترن المقام معه لم يصح؛ وذلك لأنهن جاريات إلى بينونة؛ لأن الفرض أنهن وثنيات، فلا يصح استدمتهن كمكهن للمسلم.

ومن الحائر أن لا يسلمن في العدة فيقع الاختيار لاغياً، أما إذا اخترن الفسخ فإن هن ذلك؛ لوجود العتق المفترض له. هذا ظاهر مراد المصنف من هذه العبارة.

ولو أسلم الكافر بعد أن زوّج ابنه الصغير بعشر تبعه في الاسلام، فإن أسلمن اختار بعد البلوغ، ويمنع من الاستمتاع بهن وتجب النفقة عليهن.

ولو أسلم أب المجنون ففي التبعية شكّال، فإن قلنا به تخير الأب أو الحاكم.

والعرق ليس بعيد، لأن المسخ واختيار المقام بمرلة واحدة؛ لأن شرط كل منها بقاء لنكاح، فإن صح أحدهما لم صح الآخر.

وكذا القول في الفساد، والقول بوقوع كل منهما مراعى مسحه.

قوله: (ولو أسلم الكافر بعد أن زوّج ابنه الصغير بعشر تبعه في الاسلام، فإن أسلمن اختار بعد البلوغ، ويمنع من الاستمتاع، وتجب النفقة عليهن).

لا ريب أنه إذا أسلم الكافر تبعه ولده الصغير، ولو كان قد روجه بعشر قبل الاسلام وأسلمن مع اسلام الأب، فإن الروح يختار أربعاً بعد البلوغ لا قبله، إذ لا عبرة باختيار الصبي، وليس للولي لا اختيارها قطعاً، لأن طريقة التشهي والبلوغ امد ينتظر، بل ينفق عليهن من ماله لأنهن محبوسات لأجله.

ولا ريب أنه يمنع من الاستمتاع بهن؛ لأن الرائد على أربع نكاحهن مندفع. قوله: (ولو أسلم أب المجنون ففي التبعية اشكال، فإن قلنا به تخير الأب أو الحاكم).

لو كان لمجنون متزوجاً زيادة على أربع اماء، بأن تزوج ثم جن، أو زوجه من يعدونه ولياً له ثم أسلم الأب، ففي تبعية الابن المجنون له في الاسلام اشكال ينشأ من أن السبب المقتضي للتبعية في الصغير هو سبب عبارته وعدم أهليته لأحكام التكليف قائم هنا فثبت التبعية.

المطلب الرابع: في كيفية الاختيار.

الاختيار إما باللفظ أو بالفعل. أما اللفظ فصريحه: اخترتك، أو أمسكتك، أو ثبتك، أو اخترت نكاحك، أو أمسكتك، أو ثبتك وشبهه منجزاً على الأقوى.

ومن أن لحق الأحكام بالتبعية للعبير على خلاف الأصل، فيقتصر ذلك على الصغير؛ لخروجه بالاجماع، ويبقى من عداه على الأصل.

فإن قلنا بالتبعية فالخيار في تعيين الأربع إلى الأب أو الجد له، ومع فقدهما فالحاكم؛ لأن انتظار الاقافة ضروري متى باليسنة والفرق بينهما وبين الصبي أن للبلوغ أمد ينتظر يقطع يحصره فيه، بخلاف الاقافة.

وقيل: لا ولاية في الاختيار هنا؛ لأن طريقه الشهوة، ولا يطلع عليها الأب ولا الحاكم. والأول أصح كالطلاق عن المحصور، فإنه يولاه الولي. واعلم أن قول المصنف: (تخير الأب أو الحاكم) يريد به مع عدم الأب، ولا يريد به التخيير بين الأب والحاكم.

إذا عرفت ذلك فقد يفرق بين من بلغ فاسد العقل، ومن بلغ عاقلاً وتجدد جنونه؛ لأن التبعية في الأول تثبت بحكم الاستصحاب، بخلاف الثاني.

قوله: (المطلب الرابع: في كيفية الاختيار: الاختيار إما باللفظ أو بالفعل، أما اللفظ فصريحه: اخترتك، أو أمسكتك، أو ثبتك، أو اخترت نكاحك، أو أمسكتك، أو ثبتك وشبهه).

شبه ذلك: اخترت نكاحك، أو اخترت تقرير نكاحك، أو اخترت حبسك على النكاح، أو اخترت عقدك، أو ما جرى هذا المجرى. قوله: (منجزاً على الأقوى).

ولو طلق فهو تعيين للنكاح، فلو طلق أربعاً صح نكاحهن وطلقن وانفسخ نكاح البواقي، وليس الظهار والايلاء اختياراً على اشكال.

أي: فلا يصح معلقاً وماءاً للشيخ في المبسوط^(١)، وهو الأصح، لأن اختيار بعض الزوجية دون بعض إنما يكون بالسبب لموظف شرعاً لذلك، ولم يثبت كون المعلق سبباً فينتهي بالأصل، ولأنه بعيد عن شبه الاختيار؛ لانتفاء الجرم عنه. ولأن المفهوم من قوله عليه السلام: «مسك أربعاً وفارق سائرهن»^(٢) هو الاختيار المنجز، ويحتمل ضعيفاً الاكتفاء بالمعلق، وكما هو الشارح العاضل قولاً شاذاً؛ تمسكاً بالأصل وبعدم وجود المدي لصحته في الكتاب أو السنة^(٣).

ويرد أن الأصل عنهم تنبيهه لا جواره، ويكفي ذلك في المباح قوله: (ولو طلق فهو تعيين للنكاح، فلو طلق أربعاً صح نكاحهن وطلقن وانفسخ نكاح البواقي).

وجهه: إن لطلاق لا تخاطب به إلا الزوجه؛ لأنه موضوع لاراله قيد النكاح، فالنكاح لازم له لزوماً بيناً فيبرم تصوره، وحتى طلق فقد أثبت النكاح فإذا طلق أربعاً ثبت نكاحهن وطلقن واندمع نكاح البواقي، وفي وجه للعامة أنه ليس تعييناً للنكاح؛ لقوله صلى الله عليه وآله لغيرور الديلمي: «طلق أيها شئت»^(٤). ولو كان الطلاق تعييناً للنكاح لكان ذلك نفوذاً لنكاحها عنده وجوابه: إن ذلك لو صح فالمراد بالطلاق مجازاً، وهو مطلق الفراق.

قوله: (وليس الظهار والايلاء اختياراً على اشكال).

(١) المبسوط ٤ ٢٣١

(٢) سنن البيهقي ١٨١٧.

(٣) ايضاح الموائد ١١٤٣.

(٤) سنن البيهقي ١٨٥٧.

فإن اختار التي ظاهر منها أو آلى صحا، ويكون العود عقيب الاختيار إن لم يفارقها، ومدة الايلاء من حين الاختيار.

ينشأ من أنها تصرفان مخصوصان بالسكاح فأشبهها لفظ الطلاق، فإن الظهار وصف بالتحريم للزوجة على وجه مخصوص، والايلاء هو الحلف على الامتناع من وطء الزوجة، وهو قول الشيخ رحمه الله.

ومن أن الظهار إنما هو وصف بالتحريم، والايلاء حلف على الامتناع من الوطء، وكل منها بالأجنبية ألبق منه بالزوجة.

ولأن الظهار إن حوطب به الزوجة ترتب عليه أحكام مخصوصة، وإن حوطب به الأحنسه لم ترتب بذلك أحكام، لكن معه صحح بالمسه اليها، وفي الايلاء لو حلف على وطء الأجنبية وتزوجها ووطأها كان عليه الكفارة

والحاصل أن نفس المخاطب بها لا يستلزم الزوجية، فلا يكون أحدها احتشاراً، وهو الأصح أما لو قصد الظهار لذي يرتب عليه أحكام تتعلق بالزوجة، وكذا الايلاء فإنه غير المبحوث عنه.

قوله: (فإن اختار التي ظاهر منها أو آلى صح، ويكون العود عقيب الاختيار إن لم يفارقها، ومدة الايلاء من حين الاختيار). هذا تفريع على القول لثاني، وهو الذي يتبادر من قوله: (وليس الظهار والايلاء اختياراً على أشكال).

وتحقيقه، أنه لو ظاهر أو آلى من إحداهن، ثم احسار التي ظاهر منها أو آلى، فقد تبين صحة الظهار والايلاء؛ لأنه قد ظهر أن المخاطبة بذلك زوجة، ويكون ابتداء مدة الايلاء من وقت الاختيار، ويكون العود عقيب الاحتيار إن لم يفارقها؛ لانتفاء تحقق الزوجية قبله. هذا إن اختار التي ظاهر منها أو آلى، فإن احتسار غيرها سقط حكمها. واعلم أن قوله: (ويكون العود عقيب الاحتيار) لا يتأتى على قولنا من أن

ولو قذف واحدة فاختار غيرها وجب الحد، وسقط بالبينة خاصة.
ولو اختارها أسقطه باللعان أيضاً، ولو طلق أو ظاهر أو آلى أو قذف
بعد اسلامه حال كفرهن: فإن خرجت العدة عليه فلا حكم، بل التعزير في
القذف، ويسقط بالبينة خاصة، وإن أسلمن فيها فالأقرب وقوع الطلاق.
أما الظهار والايلاء فإن اختار من وقع عليها ذلك صح.

لعود هو ارادة الوطء نعم يتأتى ذلك على قول الشافعي، وهو أن العود امساكها
روحة بعد الظهار مع قدرته على الطلاق
ويمكن أن يريد بالعود مطالبة المحاكم به أو بالطلاق، لكن لا ريب أنه لا بد
من مدة العريص، ولا منافاة لأن ضرب المدة إما هو المنظر في اختيار أحد الأمرين
وكذا قوله: (ومدة الایلاء من حين الاحیاء) لا يستعیم على ظاهره، إذ لا بد
من المراجعة، ولعله إما أطلق ذلك اعتماداً على ما بين في باب الظهار والایلاء، والأمر
في ذلك سهل.

قوله: (ولو قذف واحدة فاختار غيرها، وجب الحد وسقط بالبينة
خاصة، ولو اختارها أسقطه باللعان أيضاً)
وجهه أن قذف الزوجة يوجب الحد ويسقط بالبينة واللعان بشروطه، وأما
الأجنبية فإن قذفها يوجب الحد ولا يسقط إلا بالبينة، والاختيار يحقق الزوجية ويدفع
غيرها، فإن اختار المقدوفة تعلق بقذفها أحكام الزوجة.
قوله: (ولو طلق أو ظاهر أو آلى أو قذف بعد اسلامه حال كفرهن،
فإن خرجت العدة عليه فلا حكم، بل التعزير في القذف، ويسقط بالبينة
خاصة، وإن أسلمن فيها فالأقرب وقوع الطلاق.
أما الظهار والایلاء، فإن اختار من أوقع عليها ذلك صح.

وأما القذف فإن اختار المقدوفة فعليه التعزير، ويسقط باللعان أو البينة، وإن لم يختارها أسقطه بالبينة.

وأما القذف فإن اختار المقدوفة فعليه التعزير ويسقط باللعان أو البينة، وإن لم يختارها أسقطه بالبينة).

إذا أسلم الزوج وتخلف الزوجات فطلق بعضاً أو ظاهر أو آلى أو قذف حال كفرهن، فإن خرجت العدة فلا حكم للطلاق ولا الإيلاء ولا الظهار، لأنهن من باختلاف الدين حين أسلم.

وأما القذف فيجب عليه التعزير دون الحد، لأنه قذف مشرك، وله إسقاطه بالبينة دون اللعان؛ لأنه قذفها وهي يائس.

وإن أسلمن قبل انقضاء عددهن؛ فأما التي طلقها فالأقرب وقوع الطلاق عليها، ويكون ذلك اختياراً لها، ويكون إسلامها كاشماً عن وقوعه ووجهه معلوم بما سبق، فإن الطلاق لا يواجه به إلا الزوجة، ووقوعه مراعى لا امتناع فيه، والأصل فيه الصحة، فلا يحكم ببطلانه مع إمكان صحة

وحكى الشارح الفاضل قولاً ولم يذكر قائله، أنه لا يقع؛ لأنه طلاق معلق على شرط، وهو تجديد إسلامها، وبطلانه ظاهر، لأن الشرط الزوجية والإسلام كاشف^(١). وقال بعض الشافعية: إنه إن اختارها وقع عليها الطلاق وصح ظهارها والإيلاء منها^(٢)، والأصح الأول.

وأما الظهار والإيلاء فإبى ليسا باختيار كعرفت، فإن اختار التي ظاهر منها أو آلى صح ذلك، وإلا فلا.

وأما القذف: فإن اختار المقدوفة فعليه التعزير؛ لأنه قذفها وهي مشركة، وله

(١) بفتح الواو ٢ ١١٥

(٢) المجموع ١٦ ٣١٣

وهل تنزل الكنايات منزلة الطلاق في الاختيار؟ اشكال أقرب به العدم وإن قصد به الطلاق.

اسقاطه باللعان أو البينة، لأنها روجه. وإن لم يحترها فعليها التعزير أيضاً لما سبق، وله اسقاطه بالبينة دون اللعان؛ لأنه قذف أجنبية.

وهنا سؤال وهو أنهم مصرحون بكون غير المختارة إما تبين بالاختيار، ومن حينئذ تعتد، وذلك يستلزم بقاء الزوجية إلى حين الاختيار، وهذا يستلزم كون المقدوفة زوجة على كل حال

ويمكن المحاب بأنها لم كانت رتبة على إعدا الشرعي كاست زوجيتها كلا
زوجية

وفي قول المصنف: (فإن خرجت العدة عليه فلا حكم) حذف مديرو: فلا حكم لشيء عن ذلك أو نحوه

قوله: (وهل تنزل الكنايات منزلة الطلاق في الاختيار؟ اشكال أقرب به العدم وإن قصد به الطلاق).

لا ريب أن الطلاق لا يقع بالكنايات عدنا، لكن هل تنزل الكنايات منزلة الطلاق في كونها اختياراً؟ اشكال ينشأ من أن لطلاق إما كان اختياراً لدلالته على الزوجية بنفسه، ولا كذلك الكناية فلا تكون اختياراً.

ومن أن الاختيار النفسي هو المقنضي لتقرير الكاح، فبأي لفظ أنى به مما يدل عليه كان كافياً قضاء للدلالة، والأقرب عند المصنف العدم، لأن الاختيار يقتضي ثبوت زوجية بعض دون بعض، ويترتب على ذلك أحكام شرعية، فلا تثبت بمجرد اللفظ المحتمل، حتى أنه لو قصد بالكناية الطلاق لا يكون اختياراً عدنا، لأن الطلاق لا يقع بالكناية فلا يحصل بها لازمه وهو المسخ.

وأما العامة القائلين بوقوع الطلاق بالكناية فلا كلام عندهم بحصول الاختيار بها، سواء قصد بها الطلاق أم لا.

وكذا لو أوقع طلاقاً مشروطاً فقال: كلما أسلمت واحدة منكن فقد طلقها.

ولو قال: إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو الفراق لم يصح؛
للتعليق.

فإن قيل: الرجعة تصح بالكناية، فلاختيار كذلك بطريق أولى؛ لأن الرجعة تفيد إبطال الطلاق، والاختيار إما بحيز الرجعة عن غيرها.

قلنا: الاختيار تضمن مسح نكاح ما زام على الأربع، فلذلك لم يكتف فيه بالكناية المحتملة، فإن قصد النفس واحدة لا أثر لها والأقرب ما قرره المصنف وأعلم أن الضمير في قوله: ﴿به﴾ من قوله: (وبن قصد به الطلاق) يعود إلى ما دل عليه الكلام لسابق وهو (ذلك) وسحوه، أي: وإن قصد بذلك من قوله (الطلاق وسحوه).

قوله: (وكذا لو أوقع طلاقاً مشروطاً فقال كلما أسلمت واحدة منكن فقد طلقها).

لا شك أن الطلاق المعلق لا يقع عندنا، ولو أتى به هنا فهي كونه اختياراً اشكال أقربه لعدم كما سبق.

قوله: (ولو قال: إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو الفراق لم يصح التعليق).

قد سبق أن الاختيار لا يصح معصاً، ويريده بيانا إما إن مرئناه منزلة ابتداء كان تعليقه كتعليق النكاح، وإن برساء منزلة الاستدانة كان تعليقه كتعليق الرجعة. ولأن الزوج مأمور بالعين، والاختيار المعلق ليس بتعيين، وكما أنه لا يصح تعيين الرجعة لا يفيد تعيين المطلوب فراقها لمثل ما ذكرناه.

ولو رتب الاختيار ثبت عقد الأول واندفع البواقي.
ولو قال لما زاد على أربع: اخترت فراقكن، انفسخ عقدهن وثبت
عقد الأربع. ولو قصد الطلاق، فإن قلنا إن الكناية كالطلاق في الاختيار،
ثبت عقد المطلقات ولم يطلقن، وإلا فلا.
ولو قال لواحدة: طلقتك، صح نكاحها وطلقت وكانت من الأربع.

قوله: (ولو رتب الاختيار ثبت عقد الأول واندفع نكاح البواقي).
المراد بترتيب الاختيار أن يختار واحدة بعد واحدة إلى آخرهن، وحكمه أن كل
واحدة اختارها وهي صالحة لذلك صح اختيارها إلى أن يكملن أربعاً، وحيث يندفع
نكاح البواقي ويحل الاختيار.

قوله: (ولو قال لما زاد على أربع: اخترت فراقكن، انفسخ عقدهن
ويثبت عقد الأربع، ولو قصد الطلاق: فإن قلنا الكناية كالطلاق في الاختيار
ثبت عقد المطلقات ولم يطلقن، وإلا فلا).

لو كان له ثمان فقال لأربع منهن: اخترت فراقكن، انفسخ عقدهن وثبت عقد
الأربع البواقي مع صلاحيتهن لذلك، ولو قصد بذلك الطلاق كان كناية، لأن العراق
ليس صريحاً في الطلاق، فيبقى على ما سبق من تحمل الكناية مرة الطلاق في الاختيار.
فإن قلنا: إنها كالطلاق ثبت عقد المطلقات ولم يطلقن قطعاً، لأن الطلاق لا
يقع بالكناية عندنا، فيكون مفاد كناية على هذا التقدير هو لازم الطلاق وهو
الزوجية، وإن لم نقل بذلك كان اللفظ لا عياً.

قوله: (ولو قال لواحدة: طلقتك، صح نكاحها وكانت من الأربع).
لا ريب أنه إذا طلق واحدة من المذكورات بصح الطلاق ويكون ذلك اختياراً
لها، فتكون واحدة من الأربع، فيختار من البواقي ثلاثاً آخر، لكن لا يخفى أنه يشترط
صلاحيتها للطلاق والاختيار.

وأما الفعل فكالوطء فلو وطأ أربعاً ثبت عقدهن واندفع البواقي، فإن وطأ الخامسة جاهلين فعليه مهر المثل.

بقي شيء وهو أن قول المصنف: طلقته أن المراد إيقاع الطلاق بهذه الصيغة، فسيأتي إن شاء الله تعالى في الطلاق أن هذه الصيغة لا يقع بها الطلاق، وإن كان المؤاخذه بذلك على أنه إقرار والطلاق بصيغة أخرى فهو حق. ويمكن أن يريد بذلك تطليق واحدة في الجملة، والحوالة في الصيغة الشرعية على ما سيأتي.

قوله: (وأما الفعل فكالوطء، فلو وطأ أربعاً ثبت عقدهن واندفع البواقي، فإن كان وطأ الخامسة جاهلين فعليه مهر المثل). حكى المصنف رحمه الله في التذكرة خلافاً في أن الوطء اختيار أم لا^(١)، وصرح الشيخ المصنف وجماعة بأنه اختيار.

ويظهر من قوله بعد: (ولو وطأ أربعاً صح نكاحهن عبداً) عدم الخلاف في كونه اختياراً عندنا

ووجه العمل بظاهر الحال، وهو أنه لا يوطأ إلا من يختار نكاحها، فإنه يدل على الرغبة فيها، ولظاهر حال المسلم وهو صبيته عن الربا، ولهذا عد الوطء في بيع الأمة بشرط الخيار فسخاً للبيع.

وكذا الرجعة فإنها تحصل بالوطء عبداً، ولا استبعاد في كون الفعل اختياراً؛ لأنه استدامة في النكاح، ويغتر في الاستدامة ما لا يغتر في الابتداء.

فعل هذا لو وطأ أربعاً ثبت عقدهن واندفع نكاح البواقي، فإن وطأ الخامسة: فإن كانا جاهلين فهو شبهة من طرفين، ويكفي لثبوت مهر المثل بالوطء جهلها، ولا يعتبر جهلها كما تشعر به العبارة، ولو انتفى الجهل عن أحدهما فهو زان.

وهل التقبيل أو اللمس بشهوة اختيار؟ اقربه ذلك، كما أنه رجعة.
ولو تزوج بأخت احدها لم يصح، وهل يكون اختياراً لفسخ عقدها؟
اشكال.

قوله: (وهل التقبيل واللمس بشهوة اختيار؟ اشكال اقربه ذلك، كما أنه رجعة).

وجه القرب أن المعنى المقتضي لكون الوطء اختياراً قائم فيهما، فإنها يدلان على الرغبة في الملموسة والمقبلة، لأن الأصل في فعل المسلم الصحة وصيانته عن ارتكاب المحرم، فيحمل على إرادة الاختيار كما في الرجعة، وليس ذلك قياساً، إذ ليس المراد الحمل عليها بل التعميم والتنظير.

ويحتمل العدم، لأنها قد يوجدان في الأجنبية، فإن دلالتها أضعف من دلالة الوطء، وما قرّبه المصنف أقرب.

قوله: (ولو تزوج بأخت احدها لم يصح، وهل يكون اختياراً لفسخ عقدها؟ اشكال).

أي: لو أسلم على أريد من أربع فعقد على أخت احدها، فهل يكون ذلك اختياراً لفسخ نكاح احتها؟ فيه اشكال ينشأ من أن العقد على إحدى الاختين أعم من الاختيار وعدمه، ولا دلالة للعم على الخاص بشيء من الدلالات

ومن أن العقد على احدهما مناف لنكاح الأخرى، فيكون العقد على الأخت دالاً على إرادة فسخ نكاح احتها؛ لتنافيها وامتناع الجمع بينهما، وإرادة أحد المتنافيين يقتضي نفي إرادة الآخر، وفيه نظر، إذ قد تحصل العقلة عن المنافي الآخر مع إرادة منافيه فكيف يلزم إرادة نفيه.

ولأن الأصل في العود الصحة، فإذا وقع العقد على الأخت وجب الحكم بصحته فيمتنع بقاء نكاح الأخرى.

ولو قال: حصرت المختارات في ست، انحصرن، ولو لحقه أربع وتختلف أربع فعين الأوائل للنكاح صح.
ولو عينهن للفسخ لم يصح إن كان الأواخر وثنيات، وإلا صح، ويحتمل الوقف.

لا يقال: إما يجوز العقد على الاخت مع نقص عندهن عن أربع وإما يجوز الفسخ مع الريادة عليها فكيف يجتمعان. لا ما بقول يمكن العقد متعة.
لا يقال: شرط صحة العقد كونه لأخت ليست زوجة، فإذا عقد على الاخت لم يقع صحيحاً، إذ لم يصادف محلاً يقع فاسداً، ولا يحصل به الاختيار لأننا نقول: لا تتنع صحتة وحصول الفسخ كما في بيع البائع ذا الخبر وبيع المدير والموهوب من الواهب، حيث يجوز الرجوع في أهبة وقد يتصور فرض المسألة فيمن انشأ العقد على الأخت معصداً صحتة، فاصداً بذلك فسخ نكاح الأخرى.
وفي كونه فسخاً تأمل؛ لأنه بنفسه لا يقتضيه، والارادة وحدها لا أثر لها، وللتردد في ذلك مجال.

قوله: (ولو قال: حصرت المختارات في ست انحصرن).
هذا إذا عين الست، وإلا كان لغواً، ووجه الانحصار أن ذلك مستلزم لفسخ نكاح البواقي، ويصح الفسخ بما يدل عليه صريحاً وبما يستلزمه.
قوله: (ولو لحقه أربع وتختلف أربع فعين الأوائل للنكاح صح، ولو عينهن للفسخ لم يصح إن كان الأواخر وثنيات على الأصح، ويحتمل الوقف).

وجه صحة تعيين الأوائل للنكاح ظاهر، فإنهن مسلمات لا مانع من تعيينهن، وكذا لو عينهن للفسخ والأواخر كتابيات؛ لأن استدامة نكاح الكتابية جائز، وكذا اختيارهن على المسلمات على الأصح كما سبق.

ولو عين المتخلفات للفسخ صح، وللنكاح لا يصح، إلا أن جوزنا

وأما إذا كان الأواخر وثنيات، فإن في تعيين الأوائل للفسخ وجهين:
أحدهما: البطلان؛ لأنه لو صح لوجب عليه أن يترتب عليه أثره، وهو بينونة
المسلمات وبقاء نكاح الوثنيات.

والثاني: باطل قطعاً؛ فإن الوثنية يمتنع نكاحها للمسلم.
بيان الملازمة أن الفسخ إنما يقع لما زاد على أربع فنكاحهن لازم قطعاً، وليس
بعد المسلمات إلا الوثنيات، وفيه نظر؛ لأن الفسخ يجوز أن يقع مراعى، وتكشف
صحته باسلام الوثنيات في العدة فيكون صحيحاً بحسب الواقع، يترتب عليه أثره
وانكشافه عدداً يتحقق اسلامهن.

ولأن ظاهر قوله عليه السلام: «امسك أربعا وفارق سائرهن»^(١) يقتضي وقوع
الفرقة في الحال، وهو ممتنع في العرض المذكور لأن امساك الوثنيات ممتنع وفيه نظر؛
لأن الفرقة قد تحصل في الحال ويصح نكاح الوثنيات ويكشف باسلامهن في العدة.
والحاصل أن الفسخ كما يحتمل صحته وبطلانه على وجه الجزم، كذا يحتمل
التوقف في الحكم بأحدهما؛ لحفاء الشرط وهماها كذلك، فإن شرط صحة الفسخ كون
البواقي زوجات، كما أن شرط فساد انتفاء زوجيتهن وإما يتبين بقاء زوجيتهن
وانفاسخها باسلامهن في العدة وعدمه، فوجب أن لا يحكم بأحد الأمرين إلى أن
يحصل الكاشف، وهذا هو الوجه الثاني، وهو الذي أراد بقوله: (ويحتمل الوقف) وهو
الأصح؛ لامتناع الحكم بأحدهما مع حفاء شرطه.

فإن قيل: الفسخ الواقع حينئذٍ متردد فيه فيمتنع صحته.
قلنا: لا تردد، إذ الأصل بقاء الروحية، والمانع غير معلوم الحصول.
قوله: (ولو عين المتخلفات للفسخ صح، وللنكاح لا يصح إلا إذا

الوقف.

ولو أسلمت ثمان على الترتيب، فخطب كل واحدة بالفسخ عند اسلامها تعين للفسخ الأربع المتأخرات، وعلى الوقف المتقدمات. ويجب الاختيار وقت ثبوته، فإن امتنع حبس عليه، فإن أصر عزز.

جوزنا الوقف).

أي: لو عين في المسألة المذكورة المتعلقات للفسخ صح؛ لصحة نكاح الأوائل، بخلاف ما لو عينن للنكاح فإنه لا يصح، لأنهن وثنيات، فلا يصح اختيار نكاحهن. نعم لو حوزنا الوقف وهو وقوع التعين مراعى، لم يمتنع تعيينهن للنكاح، وتكشف صحته وصادقه بالاسلام وعلمه.

قوله: (ولو أسلم ثمان على الترتيب، فخطب كل واحدة بالفسخ عند اسلامها، تعين للفسخ الأربع المتأخرات، وعلى الوقف المتقدمات). وجه الأول أن فسح الأربع الأول وقع باطلاً، لامتناع اختيار الوثنيات، فسح الأربع الآخر.

وجه الثاني: أن الفسخ للأول وقع مراعى وقد انكشف صحته باسلام الآخر، فتعين للنكاح المتأخرات.

قوله: (ويجب الاختيار وقت ثبوته، فإن امتنع حبس عليه، فإن أصر عزز).

لا ريب أنه متى ثبت للمكلف الاختيار بالنسبة إلى جميع الزوجات، أما بأن أسلم جميعهن، أو كس كتابيات، أو أسلم البعض والبعض الآخر كتابيات، وجب عليه الاختيار والأصل فيه قوله صلى الله عليه وآله لعيلان بن سلمة الثقفي، «أمسك أربعاً وفارق سائرهن»^(١) والأمر للوجوب.

فإن مات اعتدت كل واحدة بأبعد الأجلين، فالحنائل بالأبعد من أربعة أشهر وعشرة أيام ومن ثلاثة قراء، والحامل بالأبعد من أربعة أشهر وعشرة أيام ومن الوضع.

ولأنه لو لم يجر لكان متمسكاً بسكاح الجميع بعد الاسلام والثاني باطل فان لمسلم كما لا يجوز له ان ينكح اكثر من اربع كذا لا يجوز له استدامة نكاحهن. ولأن حق الاستمتاع ثابت للزوجات، وهو ممنوع قبل الاختيار، فإن امتنع حبسه الحاكم، فإن أصر أحرجه وعزّره ومخّره بها من الضرب وغيره، فإن فعل، وإلاّ رده إلى الحبس والضرب حتى يختار.
وكذا من وجب عليه دين حال، وكان له مال يعرف الحاكم به، وهو يسره ويسكره ولا مال له سواه، فإن الحاكم يحجّره على فقهاء الدين، فإن فعل، وإلاّ حبسه، فإن فعل، وإلاّ أحرجه وعزّره ولا يزال بحرجه وعزّره حتى يقضي الدين والمولي إذ امتنع من العنة والطلاق بحسه الحاكم كذلك، ولا يطلق عليه عندنا. وذهب بعض الشافعية إلى أن المأمور بالاختيار إذا امتنع فحبس لا يعزّر على الفور، فلعن عليه في التعيين فكر أو أقرب معتبر فيه مدة الاستفاضة^(١).
قوله: (فإن مات اعتدت كل واحدة بأبعد الأجلين، فالحنائل بالأبعد من أربعة أشهر وعشرة أيام ومن ثلاثة قراء، والحامل بالأبعد من أربعة أشهر وعشرة ومن الوضع).

لو مات الروح قبل التعيين وجبت العدة على الجميع، لأن الزوجات لا يتعين منهن وإن لم يكن دخل بين، كما لو أسلم عن نكاح كتابيات وجب على كل منهن الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام، لأن كلاً منهن محتمل روجيتها. وإن كان قد دخل بين اعتدعتن بأبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق،

ونوقف هن الربع أو الثمن حتى يصطلحن، فإن طلبت احداهن منه شيئاً لم تعط.

ولو طلبت خمس دفع إليهن ربع النصيب، والست نصفه.
ولو كانت احداهن مولى عليها لم يكن لوليها أن يأخذ لها أقل من الثمن، ويحتمل القرعة والتشريك.

والخاتل بالأبعد من أربعة أشهر وعشرة أيام ومن ثلاثة اقراء، والحامل بأبعد الأجلين من أربعة أشهر وعشرة أيام ومن الوضع، فإنها انفصلت قبل أتمت الأخرى وإياها وجب ذلك، لتوقف بقين البرءة عليه، فإن كل واحدة يحتمل أن تكون محتارة ومعارقة، وعده المحضارة عدة الوفاة وعده المعارقة عدة الطلاق إذا عرفت ذلك ما علم أن ابتداء الأشهر من حين الوفاة قطعاً، وأما الاقراء فقد قال في البدكرة يحتمل الاعتبار من وقت اسلامها إن اقرباً، ومن حين اسلام من سبق اسلامه إن تعاقبا فيه؛ لأن الاقراء إياها تحب لاحتمال أنها مفارقة قد انفسح نكاحها، والانفساخ يحتمل من ذلك الوقت^(١).

ولقائل أن يقول إن الانفساخ إياها يحصل من حين المعارقة بالاحتياط، ولم يتحقق ذلك، فيتعين أن يكون ابتداء عدته من حين الوفاة، لامتناع التأخر عنه واستفاء ما يدل على التقديم عليه، لأن اسلامها أو اسلام لأسبق منها لا يقتضي المفارقة قطعاً.

قوله: (ويوقف هن الربع أو الثمن حتى يصطلحن، فإن طلبت احداهن منه شيئاً لم تعط، ولو طلبت خمس دفع إليهن ربع النصيب والست نصفه، ولو كانت احداهن مولى عليها لم يكن لوليها أن يأخذ لها أقل من الثمن، ويحتمل القرعة والتشريك).

إذا مات الروح بعد سلام لروحات الثمان وقبل الاحتيار ففي
استحقاق الروحات من الارث احتمالات ثلاثة ذكرها المصنف:

أحدها: أن يوقف له نصيب اروحية، وهو الربع مع عدم الولد والثلث معه
حتى يصطلحوا، لأن الحق منحصر فيهم، ولا طريق إلى معرفة المستحق، ولا يتوقع
حصوله ولا أولوية لبعض على بعض ويظهر من المصنف اختيار هذا الاحتمال،
ويتفرع على هذا الاحتمال أمران:

أ. أن أحدها لو طُلبت من نصيب ثمانية لم يدفع اليها شيء؛ لانتفاء تعيين
الاستحقاق، لا يمكن أن لا تكون روجة، وكذا لو طُلبت اثنتان أو ثلاث أو أربع.

أما لو طُلبت خمس، فإنه يدفع اليهن ربع النصيب، وهو ربع الربع أو ربع
الثلث، لأنهن واحدة روجة قطعاً، ولست بصفة والسبع ثلاثة أرباعه مثل ذلك.

ب. لو كانت أحدها مولى عليها، كما لو كانت صغيرة أو محبونة، ففي القدر
الذي يتعين على وبها الصلح به ما رد احتمالاً.

أحدها ربع النصيب، فلا يجوز له الرضى بما دونه؛ لوجوب الاحتياط في
تصرف الولي.

وأصحها عند المصنف أنه يجوز النقص عن الربع، لعدم تعيين زوجيتها، ولا
يجوز النقص عن الثلث، لكون النصيب موقوفاً بين الثمان، فكل واحدة صاحبة ثمن.

ولقائل أن يقول: إنه لو علم الولي أنه إذا لم يصلح على الأقل فأت حظها
من النصيب تعين القول بجواز الصلح حينئذٍ.

ويمكن الجواب بأن أخذ الأقل ظاهر، وإن كان على جهة الصلح لا يكون لازماً
بحيث يسقط حقها من تنع لثمن، فلولي ولها بعد الكمال المطالبة بالتتمة، وعلى هذا

مختار المصنف هو المفتى به.

الاحتمال الثاني: القرعة؛ لأنه أمر مشكل، وقد ورد عنهم عليهم السلام: «في

كل أمر مشكل القرعة».

الاحتمال الثالث: التشريك فيقسم بينهن على التساوي؛ لانهصار الحق فيهن، والبيان غير متوقع، وهن جميعاً معترفات بأن الاشكال ثبت في الجميع، ولا مزية لبعض على بعض آخر في الظاهر ولا في الواقع، لأن المصصى لروحته بعض هو الاحتيار، وبدونه فجميعهن سواء في ذلك، وهذان الاحتمالان ضعيفان

أما القرعة: فلأنها إنما تجري في الأمور المشبهة ظاهراً مع التعيين في نفس الأمر، كما لو اشبه مستحق المال من الشخص، ^{أو} أحدهما مالك بحسب نفس الأمر دون الآخر، فيكشف ما في نفس الأمر بالقرعة

وكما لو حلف ليطلقن ربه إن كان هذا الطائر سحرانياً وعمره إن لم يكن، فإن اليمين واقع بالنسبة إلى أحدهما بعينها، والانتفاء إنما هو عندنا دون الله سبحانه فإنه يعلم حال الطائر، بخلاف ما نحن فيه؛ لانتفاء تعيين الزوجات في نفس الأمر، لأن ثبوت الزوجية لبعض دون بعض إنما يكون بالاختيار، والله تعالى يعلم الأشياء على ما هي عليه، والمعين في نفسه يعلمه معيناً، ولهم في نفسه يعلمه مبهماً.

فإن قيل: إنه تعالى يعلم من كان يختار على تقدير الاختيار.

قلنا: المقتضي للزوجية الموجهة للارث هو الاختيار لبعض، وذلك مستف فينتهي أثره، كما أنه لو أراد زيد نقل ملكه إلى عمرو، وعلم الله تعالى أنه لو بقي لنقله فإن ذلك لا يثمر ملكاً لعمرو ولا انتقالاً عن زيد.

وأما التشريك فلاستلزامه اعطاء من لا حق لها وتوريث من ليست بزوجة، بخلاف ما لو تعارضت لدعويان، فإن اشتركت المدعيتان غير معلوم الانتفاء، بخلاف ما نحن فيه، فالأقرب الأول.

ومما قررناه علم أن قوله: (ويحتمل لقرعة والتشريك) أي: ويحتمل التشريك، عديلان لقوله: (يوقف له الربع أو الثمن).

ولو كان فيهن وارثات وغير وارثات فلا إيقاف، كما لو كان معه أربع وثنيات وأربع كتابيات فأسلم الوثنيات ثم مات، وكذا لو كن كتابيات فأسلم معه أربع ومات.

قوله: (ولو كان فيهن وارثات وغير وارثات فلا إيقاف، كما لو كان معه أربع وثنيات وأربع كتابيات فأسلم الوثنيات ثم مات، وكذا لو كن كتابيات فأسلم معه أربع ومات)

ما مضى حكم ما اد قطع باستحقاق الزوجات للميراث، فأما إذا كان كل من الأمرين محتملاً على حد سواء، كما إذا أسلم على أربع كتابيات وأربع وثنيات فأسلم الوثنيات، أو أسلم على ثمان كتابيات فأسلم منها أربع ثم مات قبل الاختيار، فإن في وجوب إيقاف النصيب هنا وجهين.

الأول: وهو مقرب التذكرة: أنه يوقف؛ لأن لا يعطي الورثة إلا ما يعلم أنه لهم. ويوقف مع الشك كما يوقف للميراث إذا كان هناك حمل، واستحقاق سائر الورثة قدر نصيب الزوجات غير معلوم، والشك في أصل الاستحقاق لا يجمع الوقف كمسائل الحمل.

والثاني وهو مختاره هنا: أنه لا يوقف للزوجات بشيء؛ لأن ارثهن غير معلوم، لحواز أن يكون الزوجات الكتابيات ولا يرث الكافر المسلم.

ويضعف بأن الإيقاف لا ينافيه الشك في الاستحقاق كما في الحمل، فإن قلنا بالأول لم يدفع إلى المسلمات نصيب زوجية حتى يصطلحن مع باقي الورثة، للشك في أصل ارث الزوجات.

والقول بالإيقاف قريب؛ لأن نصيب الزوجية دائر بين المسلمات وسائر الورثة، ولا ترجيح لبعض على بعض، ولا أصل لواحد من الفريقين بخصوصه يرجع إليه، فالحكم بصرفه إلى الورثة دون تحكم وترجيح بلا مرجع.

ولو أسلم الكتابيات بعد الموت قبل القسمة فالأقرب إيقاف الحصة.
ولو أسلمت واحدة فالموقف كمال الحصة.

قوله: (ولو أسلم الكتابيات بعد الموت قبل القسمة فالأقرب إيقاف الحصة).

هذا بناء على عدم إيقاف شيء على تقدير أن يكون أربع كتابيات، وتحقيقه أنه لو أسلم الكتابيات الأربع بعد الموت قبل قسمة لركة فالأقرب إيقاف حصة الزوجات حينئذ.

ووجه القرب أن الكافر إذا أسلم على ميراث قبل القسمة ورث، فبالسلام الكتابيات قبل القسمة ساوياً لمسلمات في استحقاق الإرث، فيقطع بأن نصيب المروجة لا يستحقه باقي الورثة فيتعين إيقافه.

ويحتمل ضعيف العدم، لأن الإسلام قبل القسمة إما ينتم إلى الإرث في غير المروجة؛ لأن إرث المروجة منوط بروحنتها وإسلامها معاً، وفي محل النزاع الإسلام منقطع عند الموت والزوجية مستتفة بعده.

بخلاف غير الزوجية من أسباب الإرث، فإن وصف المراهبة لا ينفي بالموت وليس بشيء، لأن الزوجية ثابتة بعد الموت، للاستصحاب وثبوت أحكامها، ومن ثم جار التعسيل ولم يحرم النظر، وقدم الزوج على باقي الورثة في أحكام الزوجية كلها، والأقرب ما قرره المصنف.

قوله: (ولو أسلمت واحدة فالموقف كمال الحصة)

أي لو أسلمت واحدة من الأربع في الصورة السابقة فالموقف كمال الحصة، بناء على الإيقاف في الصورة المتقدمة

ووجهه أنه لو أسلمت واحدة والزوجات أربع كتابيات، استحق كمال نصيب لزوجية، فيكون الاشتباه في نصيب زوجية من حيث الاستحقاق دائر بين الأربع لمسلمات، وبين ثلاث مع التي أسلمت بعد الموت، وبين كل واحدة من الخمس، لا مكان

وكذا لو كان معه كتابية ومسلمة وقال: احداكما طالق ومات قبل التعيين.

المطلب الخامس: في النفقة، اذا أسلم وأسلمن وجب نفقة الجميع، حتى يختار أربعاً فتسقط نفقة البواقي. وكذا لو كن كتابيات وجبت النفقة وإن لم يسلمن، وكذا لو أسلمن أو بعضهن قبله وهو على كفره وإن انتفى التمكين من الاستمتاع.

كونها المختارة مع الثلاث الكتابيات
قوله: (وكذا لو كان معه كتابية ومسلمة وقال: احديكما طالق ومات قبل التعيين).

أي. وكذا لا إيفاء لو كان مع الزوج المتعد أسلم كتابية ومسلمة، وطلق أحديهما من غير تعيين، وقلنا بمصلحة هذا الطلاق، ثم تعيين من شاء ومات قبل التعيين، فإنه يحصل أن تكون المطلقة لمسلمة ولكتابية لا يرث، فلا يوقف بشيء للزوجة للشك في سبب الارث، وهذا أحد الوجهين على ما عرفت.

وعلى الوجه الثاني يجب الإيفاء؛ للشك في استحقاق باقي الورثة النصيب، كما شككنا في استحقاق الزوجة إياه فامتنع الترحيح، فعل هذا لابتدأ من اعتبار الصلح بين الزوجتين وباقي الورثة إن قلنا بالإيفاء إلى الصلح في المسألة المذكورة أولاً، وسبأني إن شاء الله تعالى في الطلاق أن مثل هذا التطبيق لا يجوز

فقول لمصنف: (وكذا لو كان معه كتابية) إشارة إلى قوله سابقاً: (ولو كان فيهن وارثات وغير وارثات فلا إيفاء).

قوله: (المطلب الخامس: في النفقة، اذا أسلم وأسلمن وجب نفقة الجميع حتى يختار أربعاً فتسقط نفقة البواقي، وكذا لو كن كتابيات وجبت النفقة وإن لم يسلمن، وكذا لو أسلمن أو بعضهن قبله وهو على كفره وإن انتفى التمكين من الاستمتاع

ويشترط عدم النشوز فيما له السلطنة فيه كالسكنى، وحل نذرها موقوف.

ويشترط عدم النشوز فيما له السلطنة فيه كالسكنى).

لا ريب أنه إذا أسلم الروح الكافر وأسلمت الزوجات وهن أكثر من النصاب يجب عليه نفقة الجميع، استصحاباً للوجوب قبل الإسلام ولم يوجد ناقل عنه، ولأنهن محبوسات لأجله وتحت حجره إلى زمان الاختيار، فإن اختار أربعاً اندفع مكاح البواقي وسقطت نفقتهن.

وكذا لو كن جميعاً كتابيات ولم يسلمن، وكذا لو أسلمن أو بعضهن قبله وهو على كرهه، وإن انتفى التمكين من الاستمتاع في هذه الصورة كلها، لأن المانع من قبله بترك الاختيار في الأولتين، وبترك الإسلام والاختيار في الأخيرة.

ولأن المانع قبل الاختيار شرعي، فهو كالمانع من الاستمتاع في حال الإحرام، لكن بشرط عدم النشوز فيما للروح السلطنة فيه، كالسكنى في مكان مخصوص لا ترق بحال المرأة، وعدم الخروج من المسكن من دون إذنه؛ لأن لذلك دخلاً في التمكين، ولا يلزم من سقوط التمكين في الاستمتاع سقوط ما عداه. ولأن كل واحدة في كل زمان معرضة لأن تكون روجة بأن يختارها، فلا بد من أن يكون الاستمتاع من قبلها لا مانع منه من جهة المسكن، وغيره من الأمور التي لها تعلق بالاستمتاع كإزالة المنفر وما جرى هذا المجرى.

قوله: (وحل نذرها موقوف).

أي: وحل نذر إحدى الزوجات للاختيار موقوف، أي. موقوف على اختياره إياها، فلو اختار من عداها كان نذرها لازماً وهذا واضح، إذا قلنا بأن نذر الزوجة يعقد وللزوج الحل، إذ لا مقتضى للحل حينئذ لزوال الزوجية.

ولو قلنا بعدم انعقاده من رأس أمكن لقول بعدم الانعقاد حينئذ؛ لأنها روجة، وإنما تندفع زوجيتها بالاختيار.

ولو لم يدفع النفقة كان لمن المطالبة بها عن الحاضر والماضي، سواء أسلم أو لا.

ولو أسلم دون الوثنيات لم يكن لمن نفقة؛ لأن تفويت الاستمتاع منهن.

ولو تداعيا السبق إلى الاسلام قدم قول الزوج؛ لأصالة براءته.

واعلم أن الصير في: (نذرهما) لا مرجع له في اللفظ لكنه ظاهر.

قوله: (ولو لم يدفع لنفقة كان لمن المطالبة بها عن الحاضر والماضي، سواء أسلم أو لا).

وذلك لأن هذه النفقة نفقة روحية لا تسقط بالعوات، بل هي دين لازم لمن المطالبة به كنفقة سائر الزوجات
قوله: (ولو أسلم دون الوثنيات لم يكن لمن نفقة؛ لأن تفويت الاستمتاع منهن).

هذا هو أصح الوجهين، وقراء الشيخ "، وإما كان تفويت الاستمتاع منهن؛ لأنهم مسببات بالتحلف عن الاسلام وهو فرص عليهن، فأشبه ما إذا سافر الزوج وأراد مساعدتها فتخلفت، ولأنهم صغر أنفسهن بمعصية، أو منعها بمعنى لا يمكنه تلافيه كما لو شرت

والآخر لمن النفقة إذا أسلمن في العدة؛ لظهور أنهن قد كن زوجات، ولم يحدثن شيئاً، والزوج هو الذي يدل لدين وهو ضعيف، لأن تخلفها عن الاتيان بالاسلام مع وجوبه هو المقتضي لمنع الاستمتاع، وذاك نشور ومثله ما لو لم تغتسل من الحيض إن شرطنا الوطء بالفسل.

قوله: (ولو تداعيا السبق إلى الاسلام قدم قول الزوج؛ لأصالة

البراءة).

ولو ادعى السبق بالاسلام قبل الوطء فالقول قولها؛ لأن الأصل بقاء المهر.

هذا تفريع على الوجه الأصح، وتحقيقه إنه لو تداعى الزوجان السبق إلى الاسلام، فادعته الزوجة لتبقى بعفتها، وادعاه الزوج لتنتهي، فإن القول قول الزوج يمينه؛ لأن النفقة إما تجب يوماً فيوماً، وكل يوم يجب عند صلاة الغداة، والاختلاف حينئذ في أصل الوجوب والروح يسكره، فيكون الأصل معه والزوجة تدعي خلاف الأصل فعليها البينة.

وبحتمل أن القول قولها، لأن النفقة كاستراحية، والأصل البقاء، والزوج يدعي المسقط، وكان كما هو ادعى عليها الشور فأنكرت بعد تحقق التمكين.

ويمكن الفرق بأنه مع تحقق التمكين لا شبهة في أن من يدعي الشور مدع، بخلاف ما إذا تحقق المانع من الاستمتاع، وهو بقاء أحدهما على الكفر فإنه لا تمكين حينئذ فإذا ادعت معه كونها غير ناشزة لم يقبل منها إلا بالبيعة، وهذا إذا اتفقا على تقدم اسلام أحدهما واضح.

أما إذا اختلفا في التقدم والتقارن فإنه يبنى على تقديم الأصل أو الظاهر فيها سيأتي، فإن قدم الظاهر فلا نفقة على ما سبق، وإن قدم الأصل فالنفقة كما كانت. قوله: (ولو ادعى السبق بالاسلام قبل الوطء فالقول قولها؛ لأن الأصل بقاء المهر).

أي: لو كان اختلاف الزوجين بعد تحقق اسلامها أيها سبقت بالاسلام قبل الدخول فلا مهر لها، وأنكرت هي ذلك وادعت بقاء المهر، فإن القول قولها يمينها، لأن المهر معلوم الثبوت، فمدعي المسقط مطالب بالبيعة وليس هذا كما لو اختلفا في السبق بالنسبة إلى النفقة؛ لأن عدم التمكين هالك متحقق.

وكونه غير مؤثر غير معلوم، فمتى ادعى عدم تأثيره طولب بالبيعة، ولا فرق

ولو قالت: أسلمنا معاً فالتكاح باق، قدّم قوله؛ لتدور التقارن في الاسلام على اشكال.

في ذلك بين أن تكون الزوجة وثنية أو كتابية.
وكذا الزوج، فإن اسلام الزوجة أولاً قبل لدخول يقتضي لفسخ، وسقوط
المهر على كل تقدير على ما سبق.
ولو قلنا: سبق إسلام احدهما الآخر ولا يعلم السابق، انسخ النكاح باتفاقهما
على السبق المقتضي له. كذا ذكره المصنف في المذكرة^(١)، ويجب أن يقيّد بكون الزوجة
وثنية؛ لأنها لو كانت كتابية لأمكن تقدم اسلامه، فيبقى النكاح على ما تقدم.
ثم المهر إن كانت المهرنة لم تقبض منه شيئاً لم يكن لها المطالبة به؛ لحواز أن
تكون هي السابقة، فيكون قد سقط مهرها عتقاً حتى تعلم. وإن كانت قد قبضته
عليها المطالبة بصحة، لأنه لا يستحق ذلك على كل من تقديري تقدم اسلامها
واسلامه، ويقف النصف الآخر إلى أن يعلم الحال، وهذا إما هو إذا لم يوجب مع تقدم
اسلامه قبل الدخول إلا نصف المهر.
أما إذا أوجبنا الجميع - كما سبق في نظائره في الرضاع - فليس له المطالبة
بشيء.

قوله: (ولو قالت: أسلمنا معاً فالتكاح باق قدّم قوله لتدور التقارن
في الاسلام على اشكال).

ما سبق اختلافهما في لتقدم؛ لبقاء المهر وعدمه، والاختلاف هنا في التقدم لبقاء
النكاح وعدمه.

وتصويره أنه إذا قالت الزوجة أو الزوج أسلمنا معاً قبل الدخول فالتكاح
باق، وقال الآخر: بل تقدم اسلام أحدهما وكانت الزوجة وثنية، أو اسلام الزوجة إن

ولو قال: أسلمت بعد اسلامي بشهرين، فقالت: بل بشهر، أو قال:
أسلمت بعد العدة، فقالت: بل فيها، قَدَّم قوله.

كانت كتابية فقد انفسح الكاح، قَدَّم هو مدعي لتقدم الموجب للفسخ، وقد عرضه
المصنف الزوج على اشكال يشأ؛ من تعرض الأصل والظاهر، فإن الأصل بقاء
النكاح وعدم تحدد المفسد.

والظاهر عدم العار، لأن اتفق ذلك عري رادر، فيقدم قول ناهيه كما يقدم
قول صاحب اليد وتعارض الأصل والظاهر
والبحث في ترجيح أيهما على الآخر أصل معروف بين الفقهاء تبني عليه من
المسائل ما لا يكاد تناهي، وسواء في إن شاء الله تعالى في باب القضاء ماله مزيد بحث،
والأكثر على ترجيح الظاهر

وقد يحسب له بأن الظاهر نافل فيقدم على الأصل؛ لأنه مقرر، وبأن صاحب
اليد مقدم وهو من قبيل الظاهر، فاعتباره يشعر بقوة حاسب الظاهر في نظر الشارع
وربما اصح على ترجيح لأصل بأنها لو اختلفا في السابق إلى الاسلام قبل
الدخول قَدَّم قول المرأة في بقاء المهر عملاً بأصالة بقاءه، وجوابه ظاهر، فإن أصالة
بقاء المهر لا يعارضها ظاهر، بخلاف ما هنا، فعلى هذا ترجيح الظاهر أقوى
قوله: (ولو قال أسلمت بعد اسلامي بشهرين، فقالت: بل بشهر أو
قال: أسلمت بعد العدة، فقالت: بل فيها، قَدَّم قوله).

وجه تقديم قوله أما في الأولى؛ فلأن الأصل براءة ذمته من النفقة مدة الشهر
المختلف فيه، والأصل عدم تقدم اسلامها على الوجه الذي يدعيه.

وأما في الثانية؛ فلأن اسلامها في العدة يقتضي استحقاق النفقة؛ لبقاء النكاح،
والأصل عدمه، وكذا الأصل عدم تقدم الاسلام على انقضاء العدة

فإن قيل: تأخر اسلامها عن العدة يقتضي زوال النكاح، والأصل بقاءه.
قلنا: بعد أن تحقق اختلاف الدين وانقضاء العدة يقتضي لفسخ النكاح،

ولا يعد الفسخ في لطيفات وإن ساواه في المهر، فلو أسلم الوثني قبل الدخول وجب نصف المسمى إن كان مباحاً، وإلا نصف مهر المثل، ويحتمل لمتعة، ولو لم يسم مهراً فلها المتعة.
وإن كان بعده وجب المسمى أو مهر المثل على التفصيل.

وشك في المانع وهو اسلامها قبل الانقضاء، لم يبق لأصل المذكور فلا يكون متمسكاً.
ولو انعكس لفرض مدعى اسلامه في العدة بعد أن تقدم اسلامها، وادعت كونه بعدها، فالظاهر عدم الفرق، فيكون القول قولها.
قوله: (ولا يعد الفسخ في الطلقات وإن ساواه في المهر).
وذلك لأن عدة الطلقات يقتضي تحريمها بطلقتين معه، وذلك تشرع بتوقف على توقف الشارع، والمهر بما وجب بالعقد لا بالفسخ، فلا يلزم من وجوب المهر أو نصه مع الفسخ كالطلاق مساواته لطلاق في باقي الأحكام.

قوله: (ولو أسلم الوثني قبل الدخول وجب نصف المسمى إن كان مباحاً، وإلا نصف مهر المثل، ويحتمل المتعة، ولو لم يسم مهراً فلها المتعة، وإن كان بعده وجب المسمى أو مهر المثل على التفصيل).
لما ذكر أن الفسخ بالاسلام يساوي الطلاق في المهر، ولم يكن ذلك على اطلاقه، وإنما هو إذا كان بعد الدخول أو قبله إذا كان من قبل الروح بين حكمه.
ولا ريب أن الوثني إذا أسلم قبل الدخول أو الكتابي انفسخ النكاح إذا كانت الزوجة وثنية على ما سبق، وحينئذ إن كان المهر المسمى مباحاً وجب نصه؛ لأنه فرقة قبل الدخول، فكان موجباً لتصف المهر كالطلاق.
ويشكل بأن المهر يجب كله بالعقد على أصح القولين كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وتشطره بالطلاق ثبت بالنص والاجماع، والحاق غيره به قياس، وقد سبق في الرضاع أن الفسخ الحاصل به يجب معه جميع المهر، وهو المتعدها.

ولو أسلمت قبل الدخول سقط وبعده لها المسمى.

ويحتمل وجوب المتعة؛ لبطلان المسمى قصار كالتفويض، وضعفه ظاهر. هذا إذا كان المهر مباحاً، فإن كان محرماً في شرع الاسلام كالخمر والخنزير وجب نصف مهر المثل، بناء على بطلان المسمى، والرجوع إلى مهر المثل إن لم يكن قبضت منه شيئاً، وإلا فبالنسبة.

وقد تقدم في كلام المصنف أول الباب أن الأقرب وجوب القيمة عند مستحليه وإنه الأصح، فعلى هذا نجب إما لقيمة أو نصيبها. أما لو لم يسم مهراً بل كانت لعوض فلا بحث في وجوب المتعة، وإن أسلم بعد الدخول وجب المسمى إن كان مباحاً، لاستقراره بالدخول، فلا يسقط بها بطراً وإن كان غير مباح وجب مهر المثل إن لم يكن قد قبضت منه شيئاً.

فإن كانت قد قبضت الجميع برى منه، وإن قبض البعض برى منه ووجب من مهر المثل بنسبة الباقي على ما سبق بيانه مفصلاً، وإلى ذلك أشار المصنف بقوله: (على التفصيل) فإنه يريد التفصيل الذي سبق في أول الباب.

وذكر الشارح الفاضل أن المراد بالتفصيل تقسيم الحال إلى كون الاسلام بعد قبض المهر كله محلاً أو محرماً، أو بعد قبض البعض خاصة، أو قبل قبض شيء منه، والظاهر أنه أعم من ذلك.

ومن لحظ الكلام السابق في أول الباب علم بأدنى تأمل ما قلناه، وعلى المحابر فالواجب إنها هو مجموع القيمة إن لم تكن قبضت شيئاً من المحرم، وإلا فبالنسبة. قوله: (ولو أسلمت قبل الدخول سقط، وبعده لها المسمى).

أي: إذا سبق اسلام المرأة قبل الدخول سقط المسمى وينفسخ الكا، وإنما يسقط مع كونها محصنة بالاسلام وهي مأمورة به، لأن الفسخ جاء من قبلها، والمهر عوض، فيسقط بتفويت العاقد واعتقود عيبه، وإن كان معدوراً كما لو باع طعاماً ثم كسده وهو مضطر إليه، بخلاف ما لو كان لاسلام بعد الدخول، فإن المسمى به حاله

ولو اعترفا بالسبق ولو يعلم أيها السابق قبل الدخول لم يكن للمرأة المطالبة بشيء من المهر إن لم تقبض وإن قبضته فللزواج بنصفه خاصة ثم يوقف على التقديرين حتى يتبين.

لاستقراره بالدخول.

قوله: (ولو اعترفا بالسبق ولم يعلم أيها السابق قبل الدخول، لم يكن للمرأة المطالبة بشيء من المهر إن لم يقبض، فإن قبضته فللزواج المطالبة بنصفه خاصة، ثم يوقف على التقديرين حتى يتبين).
أي لو اعترف الزوجان وتصدقا بعد إسلامهما على أن أحدهما سبق إلى الإسلام، وقالوا: لا يعلم السابق بعينه، وكان ذلك قبل الدخول ولا بد من التقيد بكون الروجة وثنية، رد لو كانت كتابية لبقى النكاح لو كان المسلم الزوج، وحينئذ فإن النكاح يصح، لاتفاقهما على ما يقتضيه فسعه
ثم المهر إن كانت المرأة لم تقبض منه شيئاً لم يكن لها المطالبة به؛ لجواز أن تكون هي السابقة، فيكون قد سقط مهرها فيقف حتى يعلم.
لا يقال: ثبوت المهر بالنكاح متحقق، ولأصل بقاؤه، والمسقط تقدم إسلامها، وهو غير معلوم فيتمسك بالأصل.

لأننا نقول، لما طرأ مسخ النكاح لمستند إلى تقدم إسلام أحدهما، وأمكن كون المتقدم المرأة، لم يبق الأصل، كما كان لكافؤ احتمال كون السابق الرجل أو المرأة، وفيه نظر؛ فإن الماء انقليل لا يجب اجتنابه لو علم وقوع شيء فيه واحتمل كونه نجاسة.

وإن كان قد قبضته فله المطالبة بضعه؛ لأنه يستحق ذلك على كل من تقديري تقدم إسلامها وإسلامه، بناء على تشطره بالصحة بالإسلام قبل الدخول، ويقف المصنف الآخر إلى أن يعلم الحار، بل ثبت في سبب المطالبة وهو تقدم إسلامها، إذ يجوز أن يكون المتقدم إسلامه.

وروي أن أبا الق العبد طلاق روحته ونه بمنزلة الارتداد فإن رجع في العدة فهو أملك بها وإن عاد وقد تزوجت بعد العدة فلا سبيل عليها والطريق ضعيف.

ولو أوجبها للجميع - كما سبق في مظاهر ذلك في الرضاع - فليس له المطالبة بشيء، وأراد المصنف بالتفديرين في قوله (توقف على التفديرين حتى يتبين) تقدير عدم قبضها، وتقدير قبضها إياه، أي بعد الحكم بعدم المطالبة في الصورة الأولى، وهرجوع الزوج بالنصف خاصة في الثانية.

وابقاء النصف الآخر عندها لا يحكم بعدم استحقاقها أصلاً، وبراءه الزوج في الصورة الأولى واستحقاقها النصف في الثانية. بل يتوقف في ذلك للشك في مقتضى للاستحقاق وعدمه إلى أن يتبين الحال.

قوله: (وروي أن أبا الق العبد طلاق زوجته، وأنه بمنزلة الارتداد، فإن رجع في العدة فهو أملك بها، وإن عاد وقد تزوجت بعد العدة فلا سبيل عليها، والطريق ضعيف).

هذه رواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة فتزوجها، ثم إن العبد أبى قال «ليس لها على مولاه نفقة وقد بانّت عصمتها منه، فإن أبا الق العبد طلاق امرأته، وهو بمنزلة المرتد عن الاسلام»، قلت: فإن رجع إلى مولاه ترجع عليه امرأته؟ قال: إن كانت قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره فلا سبيل له عليها وإن لم تتزوج ولم ينقص العدة فهي امرأته على النكاح الأول»^(١).

وقد افتى بمضمونها الشيخ في المبسوط^(٢)، وكذا ابن حمزة، إلا أنه فرض

(١) الفقيه ٢٨٨٣ حديث ١٣٧٢، التهذيب ٢٠٧٨ حديث ٧٣٦

(٢) سهاية، ٤٩٨

خاتمة: يكره العقد على لقابلة المربية وبناتها، وتزويج ابنه بنت امرأته إذا ولدتها بعد مفارقتها، ولا يكره قبل نكاحه بها. والتزويج بضرة الأم مع غير الأب، وبالزانية قبل أن تتوب، ولو لم يعلم لم يكن له الفسخ ولا الرجوع على وليها بشيء.

المسألة فيما إذا تزوج العبد بأمة العير بأذن السيدين^(١).

وذهب ابن ادریس إلى بقاء النكاح وثبوت النفقة على السيد كما كانت، تمكناً بأصالة البقاء واستضعافاً للرواية، فإن عهار قطعي لا يعول على ما يفرد به^(٢)، وإليه ذهب المصنف في المحلف^(٣) وأشار إليه هنا بعوامله والطريق ضعيف.

قوله: (خاتمة: يكره العقد على القابلة المربية وبناتها، وتزويج ابنه بنت امرأته إذا ولدتها بعد مفارقتها، ولا يكره قبل نكاحه بها، والتزويج بضرة الأم مع غير الأب، وبالزانية قبل أن تتوب، ولو لم يعلم لم يكن له الفسخ ولا الرجوع على وليها بشيء).

هنا مسائل:

الأولى- المشهور بين الأصحاب أن العقد على القابلة المربية وعلى ابنتها من الولد الذي ربه جائر على كراهية^(٤)، وسماه الصدوق في المقتنع وجعلها كبعض أمهاته^(٥)، وفي الحديث: «إِنْ قَبِلْتُ وَهَرْتُ فَالْقَوَائِلُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ قَبِلْتُ وَهَرْتُ

الوسيلة، ٣٦٢

(٢) السرائر، ٣٦٦.

(٣) المختلف، ٥٧٤

(٤) انظر التبعيض الرابع ١١٥٣، المحصر السابع ١٨١، اسمة المشقة ١٩٣

(٥) المقتنع ١٠٩

حرمت عليه^(١) والأصح الأول.

لنا على الحل التمسك بالأصل، ولصحبة محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه قال: قلت له: يتزوج الرجل التي قبلته؟ فقال: «سبحان الله ما حرم الله عليه من ذلك»^(٢).

احتج ابن بابويه برواية أبي نصر عن الصادق عليه السلام قال: «لا تتزوج المرأة التي قبلته ولا ابنتها»^(٣).

وبرواية جابر عن الباقر عليه السلام قال: سأله عن القابلة أيحل للمولود أن يكسحها؟ قال: «لا، ولا ابنتها» هي من بعض أمهاته^(٤) والجواب الطعن بالسند أولاً، ثم الحمل على الكراهية؛ لما رواه «براهم بن عبد الحميد قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن القابلة معبل الرجل أله أن يتزوجها فقال: «إن كان قبلته مرة والمرتين والثلاث فلا بأس، وإن كانت قد قبلته وكفلته فاني أنهي نفسي عنها وولدي»^(٥)، وفي خبر آخر «وصديقي»^(٦) فإن ظاهره الكراهية.

الثانية: يكره أن يتزوج بضرة امرأة أبيه من غير الأب إذا ولدتها بعد مفارقة الأب، ولا محرم؛ لرواية ابيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن الرجل يطلق امرأته ثم حلف عليها رجل بعده، ثم ولدت لآخر، هل يحل ولدها

(١) لكافي ٤٤٨٠٥ ذيل حديث ٢، النعمية ٢٥٩٣ حديث ١٢٣٢

(٢) التهذيب ٤٥٥٧ حديث ١٨٢١، الاستبصار ١٧٦٠٣ حديث ٦٣٧

(٣) التهذيب ٤٥٥٧ حديث ١٨٢٢، الاستبصار ١٧٦٠٣ حديث ٦٣٨

(٤) النعمية ٢٥٩٣ حديث ١٣٣١، التهذيب ٤٥٥٧ حديث ١٨٢٣، الاستبصار ١٧٦٠٣ حديث ٦٣٩

(٥) التهذيب ٤٥٥٧ حديث ١٨٢٤، الاستبصار ١٧٦٠٣ حديث ٦٤٠

(٦) التهذيب ٤٥٦٧ حديث ١٨٢٥، الاستبصار ١٧٦٠٣ ذيل الحديث ٦٤٠

من الآخر لولد الأول من غيرها؟ قال: «نعم».

قال: وسألته عن رجل أعتق سريّة له ثم خلف عليها رجل بعده، ثم ولدت للآخر، هل يحل ولدها لولد الذي أعتقها؟ قال: «نعم»^(١)، وهو شامل لما إذا كان ولد كل منهما ذكراً أو أنثى.

ولو قال المصنف، وتزويج ولده بولد مسكوحة له، لكان أشمل وأوفق للرواية. ووجه الكراهية ما روه سماعيل بن همام قال: قال أبو الحسن قال محمد بن علي عليه السلام: في الرجل يتزوج المرأة ويتزوج ابنها أمه يبعارقتها ويتزوجها آخر بعد فتلد منه بنتاً فكره أن يتزوجها أحد من ولده لأنها كانت امرأته فطلقها فصار بمنزلة الأب وكان قبل ذلك مأياً عظاماً.

وملوح من ظاهر حديثين^(٢) آخرين المنع من تزويج الولد بمن ولدت بعد المفارقة، وهما منزلاً على الكراهية كما دل عليه هذا الخبر.

الثالثة: يكره للرجل أن يتزوج بصره أمه مع غير أبيه، لأن زوجة الأب حرام، ويدل على ذلك ما رواه زرارة قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج ضرة كانت لأمه مع غير أبيه»^(٣) وهذا شامل لما إذا كان تزوج ذلك الغير بأمه قبل أبيه وبعده.

الرابعة: يكره التزويج بالزانية ما لم تنب ولا يحرم، للأصل، ولأن الزنا لا حرمة له، ولأنه لو منع ابتداء الكاح لمنع في الدوام، والتالي باطل؛ لما تقدم من أن الزوجة لا تحرم بالاصرار على الزنا.

بيان الملازمة، اشتراكها في المقتضي، وهو خوف اختلاط الأنساب.

(١) لكافي ٣٩٩:٥ حديث ١، التهذيب ١٤٥١:٧ حديث ١٨٠٨، الاستبصار ١٧٣:٣ حديث ٦٣٦

(٢) التهذيب ٤٥٢:٧ حديث ١٨١٠ - ١٨١١ الاستبصار ١٧٤:٣ حديث ٦٣٣ - ٦٣٤

(٣) التهذيب ٤٥٣:٧ حديث ١٨١٢، الاستبصار ١٧٥:٣ حديث ٦٣٥

ومحرم نكاح الشغار، وهو جعل نكاح المرأة مهر أخرى فتبطل الممهور، ولو دار بطل.

وعد أبو الصلاح في المحرمات الرابية حتى تتوب، وأطلق حجته قوله تعالى: ﴿الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين﴾^(١) وأن العرص الأصلي من نكاح التماسل، والربا معوت له، لأنه يقتضي الاختلاط^(٢).

وحوايه: أنه لا صراحة فيها بتحريم تزويج الرابية؛ لاحتمال أن المشار إليه بقوله تعالى: ﴿وحرم ذلك على المؤمنين﴾ هو الزنا.

قوله: (ومحرم نكاح الشغار، وهو جعل نكاح امرأة بمهر أخرى فتبطل الممهور، ولو دار بطلا).

اجمع الأصحاب^(٣) وأكثر العلماء على أن نكاح الشغار باطل، وهو بالشين، والعين المعجمتين: نكاح كان في الجاهلية، وحقيقته تزويج امرأة برجل وجعل نكاح^(٤) امرأة أخرى مهراً للاولى، سواء جعل تزويج الثانية مهراً للاولى - وهو الذي فيه الدور - أو لا.

ومعناه أن يكون بصع المنكوحة ملكاً للرجل بالنكاح، وملكاً للمرأة الأخرى؛ لكونه مهراً لها، فإن دار كان ذلك في الجانين، وإلا كان في أحدهما خاصة، فيبطل

(١) لكافي في العقدة، ٢٨٦.

(٢) لبور ٣.

(٣) انظر الخلاف ٢: ٢٢٥ مسألة ١٨ كتاب النكاح. شريع الإسلام ٢٠١٢، مختصر النافع ١٨١.

(٤) في «ن» = بصع.

نكاح المهورية دون الاخرى.

وأصل الشجر الرفع، قال في القاموس شعر الكلب كمنع: رفع احدى رجليه بال أو لم يبل، أو هبال. والرجل المرأة [شعوراً]: رفع رجليها للنكاح كأشعرها فشغرت والأرض لم يبق لها أحد يحميها وتضبطها فهي شاغرة.

والشغار بالكسر: أن تزوج الرجل امرأة على أن يزوجك احدى بغير مهر، صدق كل واحدة بضع الأخرى، أو يخص بها القرائب^(١). هذا كلامه.

وذكر ابن ادريس في السرائر فيه الكسر والفتح واشتقاقه من الشجر وهو رفع الرجل؛ لأن النكاح يمضي إلى ذلك وسمي به هـد العقد، كما قيل في لزبا سفاخ؛ لأن الراتبين يتساهمان الماء أي يسكبانه، والماء هو النطقة^(٢)

ومن هذا قول زياد لبنت معاوية روحة ابيه وقد تطاولت عليه وافتخرت، فشكاها إلى أبيه زياد فدخل عليها وصرىها بالدرة: اشعرا أو هخرا.

ولأن هذا النكاح يتضمن رفع المهر، أو هو من قبيل شعر لبلد اذا حلا من القاضي والسلطان لخلوه من المهر

والأصل في تحريمه ما روي من طرق العامة^(٣) والخاصة^(٤)، روى رافع عن ابن

(١) القاموس المحيط ٦٠٢، ٦٠٣، شعره.

(٢) لسرائر ٣٠٦

(٣) انظر: سنن أبي داود ٢، ٢٢٧، سنن البيهقي ٧، ٢٠٠

(٤) نظر الكافي ٥، ٣٦٩ باب نكاح سحر، معدي لأخبار ٢٧٤، التهذيب ٢٥٥٧ حديث ١٤٤٥ و١٤٤٦

ولو زوّج كل من الوليين صاحبه على مهر معلوم صح.

عمر أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن الشغار والشغار أن يقول: زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك على أن يكون بضع كل واحدة منها مهراً للآخرى^(١).

قال الشيخ في الخلاف: إن كان هذا التفسير من النبي صلى الله عليه وآله وهو الظاهر، فإنه أدرجه في كلامه فهو نص، وإن كان من الراوي وجب المصير إليه؛ لأنه أعرف بما نقله وأعلم بما سمعه من النبي صلى الله عليه وآله^(٢).

وفي حواشي شيخنا الشهيد^(٣) أن في الملاذ روايتين عن النبي صلى الله عليه وآله أحدهما «لا شغار في الإسلام»^(٤) وفي الأخرى أنه عليه السلام: نهى عن الشغار^(٥)، وزعم أن في طريقها ضعفاً، قال: وظاهر بيضا العمل بها.

وذهب أبو حنيفة وجماعة إلى صحة النكاح المذكور وبطلان المهر^(٦)، والنص حجة عليه.

قوله: (ولو زوّج كل من الوليين صاحبه على مهر معلوم صح).

لوجود المقتضي وانتفاء مانع، لسلامته عن جمل البصح مهر المصبي إلى عدم

(١) صحيح البخاري ١٥٧٢ من البيهقي ١٩٩٧

(٢) الخلاصة ٢٢٥:٢ مسألة ١١٨ كتاب النكاح.

(٣) الكافي ٣٦١:٥ حديث ٢ معاني الأخبار ٢٧٤ حديث ١ التهذيب ٣٥٥:٧ حديث ١٤٤٦، صحيح مسلم

١٠٣٥:٢ حديث ٦٠، سنن الترمذي ٤٣١:٣ حديث ١١٢٣، سنن البيهقي ٢٠٠:٧

(٤) الكافي ٣٦١:٥ حديث ٢ التهذيب ٣٥٥:٧ حديث ١٤٤٦، صحيح مسلم ١٠٣٥:٢ حديث ٦٢، سنن البيهقي

٢٠٠:٧

(٥) المبسوط للرخسي ١٠٥٥، لمحي لابن قدامة ٥٦٨:٧.

ولو شرط كل منها تزويج الأخرى بمهر معلوم صح العقدان وبطل المسمى؛ لأنه شرط معه تزويج وهو غير لازم.

والنكاح لا يقبل الخيار فيثبت مهر المثل، وكذا لو تزوجه وشرط أن ينكحه ابنته ولم يذكر مهراً.

المهر.

قوله: (ولو شرط كل منها تزويج الأخرى بمهر معلوم صح العقدان وبطل المسمى؛ لأنه شرط معه تزويج وهو غير لازم، والنكاح لا يقبل الخيار فيثبت مهر المثل، وكذا لو تزوجه وشرط أن ينكحه ابنته ولم يذكر مهراً).

البحث في هذا الباب عن مسائل.

الأول: أن ينكح كل من الوليين الآخر امرأة ويشترط عليه في العقد نكاح الأخرى، على أن يكون بضع كل منها مهراً للأخرى أو أحدهما، وقد سبق بطلان ذلك.

الثاني: الصورة بحالها لكن جعل البضع جزء المهر، وسيأتي إن شاء تعالى.

الثالث: أن يزوجه جاريته على أن يزوجه الآخر بنته، وتكون رقية الجارية مهراً للبت وسيأتي إن شاء تعالى أيضاً.

الرابع: أن يزوج كلاً منهما الآخر فإن لم يشترط واحد منهما تزويج الأخرى فقد تقدم صحة ذلك، وإن اشترط ذلك: فيما أن يذكر معه مهراً أو لا، وعلى التقديرين فالنكاح صحيح والمهر حيث سمي بطل.

أما صحته فلانتفاء المقتضي للفساد فإنه لا تشريك في البضع هنا، بحيث يكون ملكاً للزوج والمكوحه المهوره به.

وأما بطلان المسمى فقد عتله المصنف بأن المسمى شرط معه تزويج، وإنها كان الشرط مع المسمى؛ لأن الشرط من جملة المعوض في سائر المعاوضات، فمن أي المحابين كان من جملة المعوض الذي يصير إليه مثلاً الشرط الواقع في البيع من البائع محسوب من الثمن، ومن المشتري محسوب من المبيع

ولهذا نحدد الثمن في بيع النسوة أريد منه في النقد، وكذا نحدد البيع سلفاً الثمن فيه أريد مما لو بيع نقداً. ولا ريب أن الشرط - وهو التزويج - غير لازم لما عرفت فيها تقم ان العقد اللزم اذا اقرن به شرط صار حائزاً، فيكون فائدة الشرط التسلط على الفسخ.

ويمكن أن يقال: إن التزويج لما كان متعلقاً بها ليس للعاقدة - وهو المرأة الاخرى - لم يكن لازماً، إذ لا يلزم بالاصافة اليها شيء شرطه الولي يتعلق به، فوجب أن يتسلط الآخر على الفسخ لغوات الشرط، والنكاح لا يقبل الخيار بوضع الشرع اتفاقاً، فيكون الشرط المذكور فاسداً لاقتضائه الخيار، فيجب أن يرد المسمى ما نقص من المهر لأجل الشرط، وذلك القدر مجهول.

وإذا اضيف المجهول إلى معلوم صار الكل مجهولاً، فيبطل الصداق؛ للجهالة، ووجب مهر المثل، فإن النكاح لا يفسد بفساد الصداق.

ويمكن توجيه الفساد بأن يقال، إن الشرط لا يعود إلى أحد المتعاضين، وإنها يصح اذا كان عائداً إلى أحدهما، كما في سائر المعاوضات، فيفسد بفساده الصداق؛ لأنه محسوب من جملته. ويبطل المسمى بغوات بعض مجهول منه، ويرجع إلى مهر

ولو قال: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك، على أن يكون نكاح بنتي مهراً لبنتك، بطل نكاح بنت المخاطب
ولو قال: على أن يكون نكاح بنتك مهراً لبنتي، بطل نكاح بنته.

المثل.

واعلم أنه ينبغي أن يُقرأ قوله. (لأنه شرط معه تزويج) بصيغة المجهول، والمعنى أن التزويج قد شرط معه تزويج آخر، والتزويج المشروط غير لازم، ولو قرئ على غير ذلك لفسد المعنى.

ويهيئ التنبه لشيء، وهو أن المسمى إنما يبطل من الجانبين إذا كان الشرط المذكور من الجانبين، أما إذا كان من جانب واحد فإنها يبطل المسمى من ذلك الجانب خاصة

ولاشك أن اشتراط تزويج الأولى في عقد الثانية بعد تزويجها لا يكاد يعقل، إلا أن يعرض وقوعه مع عدم العلم بوقوع العقد على الأولى كأن يجري العقد مع الوكيل.

قوله: (ولو قال: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك على أن يكون نكاح بنتي مهراً لبنتك بطل نكاح بنت المخاطب، ولو قال: على أن يكون نكاح بنتك مهراً لبنتي بطل نكاح بنته).

وجهه معلوم بما سبق، فإن التي حمل بصع الأخرى مهراً لها يبطل نكاحها دون الأخرى. ويجب قراءة المخاطب بصيغة اسم المفعول، والضمير في قوله: (بنته) يعود إلى المتكلم.

ولا ينبغي أن نكاح بنت المخاطب بها يبطل إذا جرى العقد عليها على وفق الشرط المذكور، واكتفى المصنف بذكر اشتراط تبنيهاً على أن العقد يجري على ذلك.

ولا فرق بين أن يكون البضع مهراً أو جزءاً فلو قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك، ويكون بضع كل واحدة مع عشرة دراهم صداقاً للآخرى بطلاً.

ولو قال: زوجتك جاريتي على أن تزوجني بنتك، وتكون رقبة جاريتي صداقاً لبنتك، صح النكاحان؛ لقبول الرقبة للنقل، وليس تشاركاً فيما تناوله عقد النكاح.

ويبطل المهر؛ لأنه شرط نكاح أحدهما في الأخرى، ويجب لكل

قوله: (ولا فرق بين أن يكون البضع مهراً أو جزءاً مهراً، فلو قال: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك، ويكون بضع كل واحدة مع عشرة دراهم صداقاً للآخرى بطلاً).

هذه هي الصورة النائية الموعود بها، أي ولا فرق في بطلان النكاح لكونه نكاح الشغار بين أن يكون البضع في كل من النكاحين أو أحدهما هو تمام المهر، وبين أن يكون جرأه بأن يصم إليه صميمة أخرى كالعشرة الدراهم، فإنه قد تضمن كل من النكاحين ذلك بطلاً، وإن تضمن أحدهما خاصة احتص بالبطلان

ولا يخفى أن النكاح الآخر إما يبطل إذا جرى على وفق الشرط المذكور في العقد المذكور في كلام المصنف، وكفى المصنف به اعتياداً على وقوع العقد الآخر موافقاً له.

فإن قيل: ليس هذا من نكاح الشغار في شيء؛ لوجود المهر فيه قلنا: لما وقع التشارك في البضع من حيث جعل جزء المهر تحقق معنى النكاح المذكور.

قوله: (ولو قال: زوجتك جاريتي على أن تزوجني بنتك، وتكون رقبة جاريتي صداقاً لبنتك صح النكاحان؛ لقبول الرقبة للنقل، وليس تشاركاً فيما يتناوله عقد النكاح. ويبطل المهر؛ لأنه شرط أحدهما في الأخرى،

ولو شرطت على المحلل رفع النكاح بعد التحلل فالأقرب بطلان العقد.

ثبوته إلى نفيه فهو باطل، وسيأتي في كلام المصنف في الصداق الفاسد بطلان النكاح من أصله.

ووجهه: إن الملك لو عرض في دوام الكاح لأبطله، فإذا قارن الابتداء مع الانقضاء لأن الابتداء أضعف من الدوام، لأن النكاح قد اقترن به ما يضاده، فكان كاشتراط الطلاق، وفيه نظر؛ لأن المانع هو الملك ولم يحصل هذا؛ لأن الحاصل الصداق، وربما كان غير مشتمل للملك؛ لحوار فإد، والفرق بين هذا وبين اشتراط الطلاق قائم لأنه لا ارتباط للنكاح بالصداق، فلا يلزم من بطلانه بطلانه.

ويصح النكاح ابتداءً بعير صداق ومع اشتراط علمه، بخلاف الشرط الذي لم يقع الرضى بالعقد إلا به ومتى فسد الصداق خاصة ثبت مهر المثل لا محالة، وسيأتي كلام بعد في ذلك إن شاء تعالى.

قوله: (ولو شرطت على المحلل رفع النكاح بعد التحليل فالأقرب بطلان العقد والمهر).

أي: لو شرطت المطلقة ثلاثاً على المحلل في العقد رفع النكاح بعد حصول التحليل بالوطء، أي يرتفع النكاح حينئذ بحيث لا يحتاج إلى طلاق فعلي، الصحة قولان.

ولاريب في بطلان هذا الشرط؛ لأن مقتضى النكاح بقاء العلاقة إلى أن يحصل ما يزيله من طلاق ونحوه مما عيّنه الشارع، فإذا شرط ارتفاعه بنفسه في وقت معين فقد شرط ما يناقض مقتضاه، وبخالف الحكم الثابت شرعاً وأما الكلام في بطلان النكاح؛ لاقترانه بهذا الشرط، وفيه قولان:

أقربهما عند المصنف البطلان؛ لأن التراضي بالنكاح إنما وقع على هذا الوجه

ولو شرطت الطلاق، قيل: صح العقد دون الشرط، فلو دخل فلها مهر المثل، ولو لم يصرحاً به وكان في نيتها صح العقد والمهر،

المخصوص، ولما كان الشرط فاسداً، انتهى الوجه الذي حصل التراضي به، فلو لم يبطل النكاح لصح من دون التراضي، وهو باطل.

والثاني - يسب إلى الشيخ^(١) رحمه الله - صحة العقد دون الشرط؛ لأنها شيئان كل منهما غير الآخر، فإذا بطل الشرط لم يبطل العقد تمسكاً بالأصل، إذ لا دليل على البطلان، والعقد غير معلق على هذا الشرط فلا يفوت بفواته، وكان وجوده كعدمه. واحتار في المبسوط الأول^(٢)، ودعى عنه الإجماع ومن نقل الثاني قولاً لأبي القاسم ابن سعيد^(٣).

قوله: (ولو شرطت الطلاق قيل: صح العقد دون الشرط، ولو دخل فلها مهر المثل).

أي: ولو شرطت الطلاق بعد التحليل، والقائل بصحة العقد دون الشرط الشيخ في المبسوط^(٤)، ووجهه معلوم من سبق، والبطلان أقوى في الموضعين. وعلى الأول يلزم من فساد الشرط فساد المهر، لأنه محسوب منه على ما بيناه فيصير مجهولاً فيجب بالدخول مهر المثل، وعلى ما اخترناه فلو وطأ بهذا العقد كان شبهة يوجب مهر المثل أيضاً.

قوله: (ولو لم يصرحاً به وكان في نيتها صح العقد والمهر).

أي: لو لم يصرح المحلل والزوجة بالشرط المذكور، وهو الطلاق أو رفع النكاح بعد التحليل، لكن كان ذلك في نيتها وقصدهما فالعقد والمهر صحيح؛ لانتهاء

(١) نقله عنه ولد لعلامة في لا يباح ١٢٣٣

(٢) المبسوط ٢٤٧:٤

(٣) شرائع الإسلام ٣٠١٢

(٤) المبسوط ٢٤٧:٤

وتحل على المطلق في كل موضع يصح لعقد مع الدخول، ولا تحل مع بطلانه.
تنمة: الوطء في الدبر مكروه وليس محرماً.

المفسد، إذ مجرد قصد الفساد لا يؤثر إجماعاً.

قوله: (وتحل على المطلق في كل موضع يصح العقد مع الدخول، ولا يحل مع بطلانه).

لما كان التحليل بالوطء إنما يحصل إذا كان عن نكاح لم يتحقق إلا حيث يكون عقد النكاح صحيحاً فإذا شرطت أحد الشرطين المذكورين أو غيرهما، فكل موضع يكون العقد صحيحاً ولا يخل الشرط بصحته يحصل التحليل بالدخول على الوجه المعتن، وتحل المطلقة على المطلق، وكل موضع يحكم بفساد العقد بالدخول لا يعيد الحل، ويبقى التحريم كما كان. فعند القائل بطلان الشرط خاصة في الصورتين المذكورتين يحصل التحليل بالدخول دون غيره.

قوله: (تنمة: الوطء في الدبر مكروه وليس محرماً).

اختلف العلماء في وطء المرأة في الدبر، فقال أكثر الأصحاب كالشيعين^(١)، والمرتضى: بأنه مكروه^(٢)، وهو مذهب مالك من العامة^(٣).

وقال القميون^(٤) وابن حمزة، إنه حرام^(٥)، وهو اختيار أكثر العامة^(٦).

والأصح الأول.

لنا مع الأصل قوله تعالى: ﴿نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾^(٧).

(١)، المبسوط ٤/ ٢٤٣

(٢)، الانصاف ١٢٥

(٣)، أحكام القرآن لابن العربي ١/ ١٧٤، أحكام القرآن بقرطبي ٣/ ٩٣، التفسير الكبير ٦/ ٧٥٦

(٤)، نظر القصة ٢/ ٢٩٩ حديث ١٤٣٠، التمهيد للرائع ٢/ ٢٣٣

(٥)، لوسيلة ٣٦٩

(٦)، انظر أحكام القرآن لابن العربي ١/ ١٧٤، أحكام القرآن للجصاص ١/ ٣٥١

(٧)، سورة بقرة ٢٢٣

وجه الاستدلال به إن كلمة (أنى) للتعميم في المكان بمعنى أين، وهي تستدعي تعدد الأمكنة. يقال: اجلس أنى شئت وأين شئت أي: في أي مكان شئت، وحيث كان كذلك كانت الآية دليلاً على جواز الاتيان في الدبر، إذ لا يتحقق تعدد المكان إلا بذلك

ويؤيد هذا ما روى العامة عن ابن عباس أن سبب نزول الآية أن عمر جاء إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله هلكت، وحكى وقوع هذا الفعل منه فأنزل الله تعالى هذه الآية^(١).

قيل: إن المراد بالآية التخيير بين اتيان المرأة في قبلها من قبلها وبين اتيانها من دبرها في قبلها. ويؤيده ما روي في سبب النزول من أن اليهود قالوا: من أتى امرأة من دبرها في قبلها كان ولدها أحول. فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله فقال: «كذبت اليهود»^(٢) فنزلت، وكذا يزيد قوله تعالى: ﴿نساؤكم حرث لكم﴾^(٣) أي مزرع ومنبت الولد، شبههم بالأرض من حيث أن البذرة التي تلقى في أرحامهم للنسل كالبذرة، فيكون المعنى لقوله تعالى: ﴿فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾: فأتوهن كما تأتون أراضيكم التي تريدون أن تحرثوها من أي جهة شئتم، لا يحظر عليكم جهة دون جهة، أي: جامعوهن من أي شق أردتم بعد أن يكون المأتي واحداً وهو موضع الحرث. وكذا قوله تعالى: ﴿فأتوهن من حيث أمركم الله﴾ فإن المراد به القبل، فإن الدبر لا يؤمر به إجماعاً.

قلنا: قد بينا أن المراد بالآية التخيير بين الأمكنة، وذلك يقتضي تعددها، والاتيان من القبل والدبر في القبل إنما فيه اختلاف طريق المكان والمكان واحد،

(١) التفسير الكبير ٧٥:٦

(٢) سنن البيهقي ١٩٤:٧ مع اختلاف يسير

(٣) البقرة: ٢٢٣

واللائق به كلمة كيف لا كلمة أنى.

وما ذكر في سبب النزول معارض بها تقدم، ولو سلم فلا منافاة فيه؛ لتعدد المكان، فإن التخيير في المكان ينه على التحيير في المحه بطريق أولى

وتشبيه النساء بالحرق لا يقتضي حصر الاثيان في القبل، مع وجود اللفظ الدال على تصميم المكان، فإن اتيان الحرق الجففي لا ينحصر في الاثيان للزرع، وقوله تعالى: ﴿فأتوهن من حيث أمركم الله﴾ يقول بموجبه، فإن الاثيان في لقبل اذا كان واحداً لا ياتي جواز الاثيان في الدهر، إذ ليس في الآية ما يدل على الحصر.

وكانه لما منع سبحانه من الاثيان في موضع الحصر، رفع ذلك المنع بعد الطهر بقوله تعالى: ﴿فإذا تطهرن فاتوهن من حيث أمركم الله﴾^(١) ثم عمم الاثيان في الأمكنة محرراً من توهم منع ما سوى القبل

ويزيد ذلك قوة ما روي أن مالكاً قال: ما ادرك أحدنا اقتدي به في دبي يشك في أن وطه المرأة في دبرها حلال، ثم قرأ هذه الآية^(٢).

وقد روى الأصحاب في الجواز عدة أخبار منها صحيحة عبد الله بن أبي يعفور قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي المرأة في دبرها، قال: «لا بأس به»^(٣).

ومنها ما رواه ابن أبي يعفور أيضاً، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي المرأة في دبرها، قال: «لا بأس إذا رضيت» قلت فأين قول الله تعالى: ﴿فأتوهن من حيث أمركم الله﴾؟ قال: «هذا في طلب الولد، فاطلبوا الولد من حيث

(١) البقرة: ٢٢٢

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٣٥١

(٣) المهدي ٤١٥ ٧، حديث ١٦٦٢، الاستبصار ٢١٣٣ حديث ٨٧١.

أمركم الله إن الله تعالى يقول: ﴿نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَاتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾^(١).
ومنها رواية صفوان عن الرضا عليه السلام إنه سألته: الرجل يأتي المرأة في
دبرها، قال: «نعم له ذلك» قال قلت: وبت تفعل ذلك؟ فقال: «إنا لانفعل ذلك»^(٢).
ومنها ما رواه موسى بن عبد الملك، عن رجل قال: سألت أبا الحسن الرضا
عليه السلام عن اتیان الرجل المرأة من خلفها قال: «أحلها من كتاب الله تعالى قول
لوط: ﴿هَؤُلَاءِ بَنَاتِي هُنَّ أَطْهَرُ لَكُمْ﴾»^(٣) وقد علم أنهم لا يريدون المرح^(٤)، وفي دلالة
هذه بحث، وهو أن ذلك في غير شهرعنا، وغير دينكم من لاخبار الكثيرة^(٥).
احتج المانع بما رواه سدير قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «قال
رسول الله صلى الله عليه وآله: محائش النساء على أمي حرام»^(٦)، والمراد بالمحاش
الأديار.

وقريب من هذا ما رواه هاشم بن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام^(٧).
وفي رواية معمر بن حلال، عن أبي الحسن عليه السلام تفسير الآية السابقة،
وهي قوله سبحانه: ﴿فَاتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ بأن المراد بها الاتيان من خلف أو
قدام لا الاتيان في الأديار^(٨).

والجواب عن المخبرين الأولين أنها ضعيفان. قال الشيخ في التهذيب: إنها

(١) التهذيب ٤١٤٧ حديث ١٦٥٧، الاستبصار ٢٤٢:٣ حديث ٨٦٧.

(٢) الكافي ٥٤٠:٥ حديث ٢، التهذيب ٤١٥٧ حديث ١٦٦٣، الاستبصار ٢٤٣:٣ حديث ٨٧٢.

(٣) هود: ٧٨.

(٤) التهذيب ٤١٥٧:٧ حديث ١٦٥٩، الاستبصار ٢٤٢:٣ حديث ٨٦٩.

(٥) انظر التهذيب ٤١٦:٧، الاستبصار ٢٤٤:٣.

(٦) المعية ٢٩٩:٣ حديث ٤٣٠، التهذيب ٤١٦٧:٧ حديث ١٦٦٤، الاستبصار ٢٤٤:٣ حديث ٨٧٤.

(٧) التهذيب ٤١٦:٧ حديث ١٦٦٥، الاستبصار ٢٤٤:٣ حديث ٨٧٥.

(٨) التهذيب ٤١٥٧:٧ حديث ١٦٦٠، الاستبصار ٢٤٥:٣ حديث ٨٧٧.

وهو كالقبيل في جميع الأحكام، حتى ثبوت النسب، وتقرير المسمى، والحد، ومهر المثل مع فساد العقد، والعدة وتحريم المصاهرة إلا في التحليل والاحصان، واستنطاقها في النكاح.

شاذان، منقطعا الاسناد، مرسلان، فلا يعارضان الأخبار المسندة^(١). ومع ذلك فيمكن حملها على الكراهية الشديدة، فإن هذا الفعل وإن لم يكن حراماً، فإنه مكروه، كما دل عليه قوله عليه السلام في رواية صفوان: «إنا لا نفعل ذلك»^(٢).

وفي رواية: «أنهى عنه أهلي وحواص صعايب»^(٣). ويمكن حملها على التقية؛ لأن أكثر العامة يمنع من ذلك.

وأما الخبر الثالث فليس فيه إلا تفسير الآية وسبب نزولها، وليس فيه تصريح بالمنع. وقد تقدم في الأخبار السابقة تفسيرها بخلاف ذلك، فلعله خرج مخرج التقية. ولو سلم إرادة ظاهره لم يكن في الآية دليل على المنع، فيسمى الأخبار الدالة على الجواز بعبر معارض.

ولاريب أنه يجوز التلذذ بها بين الاليتين، والايلاج في القبل من جانب الذكر، ونحو ذلك من الاستمتاع.

قوله: (وهو كالقبيل في جميع الأحكام، حتى في ثبوت النسب، وتقرير المسمى، والحد، ومهر المثل مع فساد العقد، والعدة، وتحريم المصاهرة إلا في التحليل والاحصان واستنطاقها في النكاح).

الوطء في القبل وهو تعيب الحشفة تتعلق به أحكام كثيرة من نقص الطهارة، وتحريم الأمور المشروطة بها وبطلانها لو وقعت كذلك، وبحجاب الفسل، وبطلان الصوم ووجوب الكفارة. وغير ذلك مما هو كثير جداً، وهو مذكور في أبواب الفقه، وتغيب قدر الحشفة من مقطوعها في القبل كنعيتها.

(١) لتهذيب ٤١٦: ٧ دبل الحديث ١٦٦٥

(٢) لکنی ٥٤٠: ٥ حديث ٩، التهذيب ٤١٥: ٧ حديث ١٦٦٢، الاستبصار ٢٤٣: ٣ حديث ٨٧٢

(٣) أسمع الراعي ٢٤٣

والوطء في الدبر كالوطء في القبل في ذلك كله حتى في ثبوت النسب، فإذا ولدت زوجة الموطوءة في الدبر على فراشه ولداً لا يمتنع لحاقه به ألحق به تغليهاً للفراش، فإنه قد يسبق الماء إلى الرحم من غير شعور به وكذا القول في تقرير المهر المستسى في العقد الدائم، حتى لو طُلقت الزوجة بعد الوطء في الدبر لم ينتصف المهر وكذا القول في ثبوت الحد من جلد أو رجم، وكذا القول في ثبوت مهر المثل لو كان العقد فاسداً وقد وطأ في الدبر وهي جاهلة.

واستثنى من ذلك أشياء، التحصيل، فإنه يحصل بالوطء في القبل، ولا يحصل بالوطء في الدبر بالنص والاجماع.

وكذا القول في الإحصان، فإنه من لا يقدر إلا على الوطء في الدبر لا يعد محصناً، فلا يحد حد المحصن. وكذا الخروح من الأيلاء فإن فئة المولى إنما يتحقق بالوطء في القبل. وكذا إبطال حصانة الرجل بالنسبة إلى العذف، ولو اشتهر بالزنا في الدبر كان كما لو اشتهر بالزنا في القبل في ذلك، فلو قذفه قاذف لم يجب الحد بل يجب التعزير.

وهل يستثنى استنطاق البكر الموطوءة في الدبر، على معنى أن وطأها في الدبر لا يكون كوطئها في القبل في وجوب نطقها لو ستؤمرت في الكاح؟ فيه قولان: أحدهما: - واختاره المصنف هنا - الاستثناء، فلا يعتبر نطقها مع الوطء في الدبر، بل يكفي سكوتها تمسكاً باطلاق النصوص، لصدق كونها بكراً.

والثاني: اعتبار نطقها، لأن هذا الحكم يثبت على خلاف الأصل، فإن السكوت أعم من الرضى، وإنها اكتمت به في المرأة التي لم توطأ لأنها تستحي فلم تكلف النطق، فأما إذا مارست لرجال فإن ذلك لحياء المدح من النطق يزول، فتكلف بالنطق اقتصاراً على موضع الوفاق، وهذا قوي وقد بيها عليه فيما سبق، وذكرنا مختار المصنف في التذكرة^(١).

والعزل عن الحرة إذا لم يشترط في العقد مكروه، وقيل: حرام. وعلى كلا التقديرين يجب عليه للزوجة دية ضياع النطفة عشرة دنانير

ولو قطعت المشقة ولم يبق من الذكر ما يساويها فعليه فإنه يثبت به تحریم أم المفعول واخته وبنته إن كان ذكراً، ووجد النواط على احتمال دون باقي الأحكام. قوله: (والعزل عن الحرة إذا لم يشترط في العقد مكروه، وقيل: حرام، وعلى كلا التقديرين يجب عليه للزوجة دية ضياع النطفة عشرة دنانير).
هنا مسألتان الأولى: اختلف الأصحاب في العزل، والمراد به أن جامع، فإذا جاء وقت الانزال نزع فأنزل خارج الفرج. وذهب الشيخ في النهاية^(١)، وابن البراج^(٢)، وابن اديس^(٣)، والمصنف وأكثر المتأخرين إلى أنه مكروه^(٤) وهو الأصح. تمسكاً بأصالة الأباة، ولما رواه محمد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل، قال: «ذلك إلى الرجل يصرفه حيث شاء»^(٥).
وبما رواه أيضاً محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليها السلام، إنه سئل عن العزل فقال: «أما الأمة فلا بأس، وأما الحرة فبني أكره ذلك، إلا أن يشترط عليها حين تزوجها»^(٦)، ولأن حقها في الوطء دون الانزال ولهذا ينقطع المطالبة به في القبية وإن لم يزل.

وذهب الشيخ في الخلاف^(٧) والمبسوط^(٨) إلى التحريم، وهو اختيار المفيد^(٩).

(١)، انباه ٤٨٢

(٢)، تهذيب ٢: ٢٤٣

(٣)، السرائر: ٣٠٨

(٤)، نظر شرائع الإسلام ٢: ٢٧٠، إصباح السرائر ٢: ١٢٥

(٥)، الكافي ٥: ٥٠٤ حديث ١، الفقيه ٣: ٢٧٣ حديث ١٢٩٥، تهذيب ١: ٤١٧٧ حديث ١٦٦٩

(٦)، تهذيب ١: ٤١٧٧ حديث ١٦٧١

(٧)، الخلاف ٢: ٢٢٩ مسألة ١٤٣ كتاب النكاح

(٨)، لمبسط ٤: ٢٦٧

(٩)، لمعة: ٧٦

واختاره ابن حمزة^(١). واحتجوا بما روي عن لبي صلى الله عليه وآله إنه قال في العزل: «إنه الوأد الحقى»^(٢) والمراد بأوآد: قتل لولد، ولأن حكمة النكاح الاستيلاد ولا يحصل غالباً مع العزل، فيكون منافياً لمرض الشارع.

والجواب عن الرواية بمرس السد، مع أنه لا دلالة فيها على التحريم، وقد روي غيرها مما ينافي التحريم، والوجه الآخر ضعيف، إذ لا يلزم من كون الاستيلاد حكمة النكاح بحريم العزل، ومنافاته للعرض غير ظاهر فإن أصل النكاح لا يجب بمجرد الاستيلاد. إذا عرفت ذلك فاعلم أنه على القول بالتحريم، إما يحرم في الحرة المسكوة بالعقد الدائم.

وراد الشارح الفاصل قيم قيدا آخر، وهو أنه إذا كان الجماع في العرج^(٣)، روى ابن بابويه في العقبة بأساده عن يعقوب الجمعي، قال: سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول: «لا بأس بالعزل في سنة وجوه المرأة إذا ايقنت أنها لا تلد، والمستنة، والمرأة السليطة، والبذية، والمرأة التي لا ترضع ولدها، والأمة»^(٤). وفي هذا تنبيه على أن المنع من العزل لرحاء حصول الولد، ومنه يفهم انتفاء المنع لو كان الجماع في غير العرج، وإطلاق الأمة يتناول لمنكوحة بالعقد ومنك البهين.

فروع:

أ: هل هذا المنع لحق المرأة، أم لحكمة الاستيلاد؟ يلوح من رواية محمد بن مسلم^(٥) الثانية الأول؛ لأنه نفى الكراهية إذا شرط عليها ذلك عند التزويج، ويلوح من قول

(١) الويلة، ٣٧٠.

(٢) سنن البيهقي ٢٣٦٧.

(٣) منافع الموائد ١٢٥٢.

(٤) العقبة ٢٨١:٣ حديث ٣٤٠.

(٥) التهذيب ٤١٧:٧ حديث ١٦٧٦.

النبي صلى الله عليه وآله. «العزل هو الوُد الحفي» الثاني والأول أقوى، وبه صرح جمع من الأصحاب^(١).

ب: لو أذنت المرأة في العزل ولم يشترط في العقد، فقد صرح جماعة بزوال الميع والكراهية، ولتعديل بحكمه لاستيلاد وأنه وأد حفي يقتضي البقاء، وقد صرح بعض الشافعية ببقاء الميع وإن ادنت.

ج: ظاهر لزومية أنه لا كراهية مع اشتراط العزل في العقد، وهو واضح إن كان لمحض حقها، وحبر الواد يظهر بحلله، فيمكن أن يكون النفي للكراهية الشديدة، وكلام الأصحاب في نفي الكراهية بالاستشرط والإذن مطلق.

د: قال بعض الشافعية: إما يقول بالتحريم إذ يرجع على قصد أن يقع الانزال خارجاً محرراً عن الولد، فأما إذا عرله لا على هذا لعصه فيحب القطع بعدم التحريم^(٢).

هـ: رخص بعض الفائلين بتحريم العزل فيه إذا كان في دار الحرب، ودعته حاجة إلى الوطء^(٣).

و: لو عزل زوجته أو أمته ثم أنت بولد لحقه نسبه جماعة، وفي الأخبار ما يدل على ذلك، وقد يسبقه النفي من غير أن يعلم^(٤).

الثانية: لو عزل بدون الإذن والشرط فقد صرح الشيخ في المبسوط بوجوب الدية عليه للزوجة وهي عشرة دنانير عشر دية الحسن، مع أنه ذهب في هذا الكتاب إلى

(١) ذهب إليه الشيخ في أسبابه ٤٨٢، والمحقق في لسانه ٢٧٠٢ وعاصل المقداد في التنقيح رابع ٢٤٣

(٢) ذهب إليه امام الحرمين ك في فتح الباري ٢٥٤٩

(٣) انظر المغني لابن قدامة ١٣٤٨

(٤) لكافي ٤٩١٥ حديث ٢، التهذيب ١٦٨٠٧ حديث ٥٨٧، الاستبصار ٣٦٨٢ حديث ١٣١٥

ويحرم على الرجل ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر،

أن العزل بدون ادبها مكروه^(١)، وهذا مختار المصنف في هذا الكتاب والتحرير^(٢)، وبه صرح ابن البراج^(٣)، وبعض المسأجرين، والقائل بتحريم العزل بدون الاذن لا اشكال عنده في وجوب الدية.

والأصل في ذلك ما رواه التسع في الصحيح عن يونس، عن أبي المحسن عليه السلام: «أن علياً عليه السلام قصى في الرجل يفرغ عن عرسه فيعزل عنها الماء ولم يرد ذلك نصف خمس المائة عشر^(٤)».

قال في المختلف: ولا امتناع في كراهة ذلك وإيجاب الدية للزوجة، ثم قال: والوجه الحمل على الاستحباب^(٥).

قلت: مورد الرواية غير المتنازع، فإن موردها ما اذا أفرغ الرجل، ولا امتناع في إيجاب ذلك على الأجنبي دون الزوج وقد ورد في حديث محمد بن مسلم «أن ذلك إلى الرجل يصرفه حيث شاء»^(٦) والأصح الاستحباب.

قوله: (ويحرم على الرجل ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر).

يدل على ذلك ما رواه صفوان بن يحيى، أنه سأل الرضا عليه السلام عن رجل يكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقرنها ليس يريد الاضرار

(١) المبسوط ٢٦٧: ٤

(٢) التحرير ٤٢

(٣) لمهذب ٥١٠: ٢

(٤) التهذيب ١٠: ٢٨٥ حديث ١١٠٧

(٥) المختص ٨١٥

(٦) الكافي ٥٠٤: ٥ حديث ١، العقيه ٢٧٣: ٢ حديث ١٢١٥، التهذيب ٤١٧: ٧ حديث ١٦٦٩

والدخول بها قبل تسع سنين، فإن دخل فأفضاها حرمت أبداً، وإلا فلا.

بها يكون لهم مصيبة، ايبكون في ذلك اثماً؟ قال: «إذا تركها أربعة أشهر كان اثماً بعد ذلك، إلا أن يكون بادنها»^(١)

وقد نقل أن عمر سأل نساء أهل المدينة لما أخرج زواجهن إلى الجهاد وسمع امرأة تشد ابياتاً من جملتها:

فوالله لولا الله لا شيء غيره لزلزل من هذا السرير حوضه

عن أكثر ما نصبر المرأة عن الجماع فقبل أربعة أشهر، فحمل المدة المضروبة للعبة أربعة أشهر^(٢).

قوله: (والدخول بها قبل تسع سنين، فإن دخل بها فأفضاها حرمت أبداً، وإلا فلا).

يدل على ذلك ما روي عن الباهر عليه السلام قال: «لا يدخل بالحارية حتى يأتيها تسع سنين أو عشر سنين»^(٣).

وعن الصادق عليه السلام قال لمولى له: «انطلق فقل للقاضي: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: حد المرأة أن يدخل بها على زوجها بت تسع سنين»^(٤)
فإن دخل بها قبل ذلك فعل حراماً، فإن أفضاها حرمت عليه مؤبداً، وإلا فلا على الأصح، وقد سبق الكلام على ذلك وبيان دليله قبل المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد.

(١) انظر ٢٥٦:٣ حديث ١٢١٤، التهذيب ٤١٢٧ حديث ١٦٤٧

(٢) نظر كثر المال ٥٧٣:١٦ حديث ٤٥٩١٧، المعجم لابن قدامة ١٤٤:٨

(٣) الكافي ٢٩٨:٥ حديث ١، انظر ٣٦٦:٣ حديث ١٢٤٠، التهذيب ٤٥١٧ حديث ١٨٠٥

(٤) الكافي ٢٩٩:٥ حديث ٤، التهذيب ٢٩١٧ حديث ١٥٦٧

ويكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً.

قوله: (ويكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً).

أي: أن يأتهم ليلاً، روى الشيخ بإسناده عن عبيد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام أنه قال: «يكره للرجل **دا** أن يطرق أهله ليلاً حتى يصبح»^(١).



فهرس الموضوعات

كتاب النكاح

الموضوع	الصفحة
مقدمات النكاح:	
تعريف النكاح لغة وشرعاً	٧
بيان حكم النكاح من الأحكام الخمسة	٨
استحباب اختيار الولود البكر العفيفة الكريمة الأفضل	١١
استحباب صلاة ركعتين والدعاء قبل للدخول	١٣
استحباب الدخول لئلا وكراهية وقوعه والعمر في برح المقرب	١٥
ما يستحب عمله قبل الدخول	١٦
استحباب الوليمة عند الزفاف	١٨
جوار أكل نثار العرس	٢٠
الأوقات التي يكره الجماع فيها	٢٢
جوار النظر إلى المرأة لأجل مكاحها	٢٦
جواز النظر إلى أمة لأجل شرائها	٢٩
جواز النظر إلى أهل الذمة	٣١
نظر الذكر إلى الذكر	٣٣

٣٣	نظر الأنثى إلى الأنثى
٣٣	نظر الذكر إلى الأنثى
٤١	نظر الأنثى إلى الذكر

فروع

٤٢	أ. النظر إلى شعر المحسنة وجسدها
٤٢	ب حكم النظر إلى الخشن المشك
٤٣	ج حرمة المس في الموارد التي يحرم النظر فيها
٤٣	د. حكم صوت المرأة
٤٤	هـ كراهية اصططاع الرجلين في ثوب واحد
٤٥	و حكم المصافحة والمعانقة
٤٥	حرمة النظر إلى لعضو بيان الذي يحرم النظر إليه قبل إبانته *
٤٦	استحياب الخطبة تعريضاً وتصريحاً، وبيان ألعاط ذلك
٤٧	النهي عن المواعدة سراً
٤٨	حرمة الخطبة لذات البعل وللمعتدة الرجعية
٥٠	جوار خطبة المطلقة ثلاثاً والمفسوح مكاحها من قبل الروح وغيره
٥٢	ما خص به النهي (صر) في المكاح وغيره
٦٦	بيان أقسام المكاح

عقد النكاح:

صيغة العقد.

٦٧	لا بد فيها من إيجاب وقبول، وبيان ألعاط الإيجاب
٦٨	ما يجب توهمه في ألعاط الإيجاب
٧٣	صحة العقد مع تقدم القبول على الإيجاب
٧٤	بيان حكم العقد بالعربية وغيرها
٧٦	عدم الانعقاد بلمظ البيع ولا الهبة ولا الصدقة

- ٧٧ عدم لانعقاد بالكتابة للعاجز إلا أن تُصمم طريقة تدل على قصد
 ٧٧ اشتراط التشهير فيه
 ٧٨ وجوب تعيين الروجة بالاشارة أو الاسم أو لوصف الراجع لا اشتراك
 ٨٠ لو كان لرجل عدة بمات هروُح واحدة مهن ولم يسمها عند العقد

العائد

- ٨٣ ذكر من له حق العقد
 ٨٤ ما يشترط توفره في العائد
 ٨٥ حكم شتراط الولي في مكاح الرشيدة
 ٨٦ صحة اشتراط الخوار في الصداق لا المكاح
 ٨٧ لو ادعى رجل أو امرأة الزوجية، فكذلك ولو يكفره الآخر
 ٨٨ لو دعى رجل زوجية امرأة، وادعت أختها زوجية

الأولياء:

- ٩٢ ثبوت ولاية الأب والجد للأب
 ٩٣ عدم شتراط بقاء الأب في ثبوت ولاية الجد
 ٩٤ ثبوت ولاية الأب والجد للأب على الصغير والمجنون
 ٩٥ ثبوت ولاية المولى في المكاح على العبد والأمة
 ٩٦ ثبوت ولاية الحاكم في المكاح على البائع الفاسد العقل
 ٩٧ ثبوت ولاية الوصي على من بلغ فاسد العقل
 ٩٩ حكم رواج المحجور عليه للسهة
 ١٠٣ تقدم ولاية اقترابة على ولاية لحاكم، وتقدم ولاية منك على الجميع
 ١٠٣ تقديم اختيار الجد على اختيار الأب عند الاختلاف

مسقطات الولاية:

- ١٠٤ الرق

- ١٠٥ لفصص هس كمال برشد
١٠٦ الكفر
١٠٨ الاحرام

لموئى عليه:

- ١١٠ ثبوت الولاية على الناصر فقط
١١٠ للأب والحاكم تزويج المجنون الكبير عند الحاجة
١١٤ تزويج السفيه بأذن الولي مع الحاجة
١١٥ عساد تزويج الولي بعير أذن الولي
١١٧ لو لم يأذن الولي في تزويج السفيه
١١٨ طلاق السفيه
١١٨ عدم وجوب اجابة الرقيق لو طلبوا انتكاح
١١٨ حكم تزويج الامة المملوكة للمرأة
١٢٠ عدم كفاية سكوت البكر في حق أمنها وكفايته في حقها
١٢١ حكم تزويج المعتقة في المرحس
١٢٢ حكم الولاية على البالغ الرشيد الحر وانثالمة الرشيدة الحرة
١٢٧ استقلال الثالمة الرشيدة في الكاح لو عصتها الولي

الكفاءة:

- ١٢٨ وجوب اعتبار الكفاءة بين الزوجين
١٢٨ بيان معنى الكفاءة
١٣١ زواج المؤمن بالكافرة الحربية أو الكناينة
١٣٥ عدم جواز زواج المؤمن من الناصبية
١٣٦ استحباب زواج المؤمن بمثله، والحر بالامة، وشريف السب بالأدون
١٣٧ بيان اشتراط التمكن من النعق وعدمه في الزواج
١٣٧ عدم تسلط الروحة على القسخ لو نحمد العجز عن النعق

- ١٣٨ وجوب اجابة المؤمن القادر وإن كان أخفض نسباً
 ١٤٠ كراهة تزويج الفاسق خصوصاً شارب الخمر
 ١٤١ حكم الفسخ فيما لو انتسب الزوج إلى قبيلة fian من غيرها
 ١٤٢ حكم الفسخ فيما لو تزوج بالعميمة فيانت قد رتت
 ١٤٣ لو زوّج الولي الصغيرة بالمجنون أو الخفي
 ١٤٤ لو زوّج الولي الصغيرة بممدوك، وبالعكس

الأحكام:

- ١٤٥ لزم العقد بتزويج الولي أحد لصغيرين، أو المجنون، أو المجنونة
 ١٤٥ ثبوت خيبار للأمة المزوجة من العبد بعد عتقها
 ١٤٦ جواز تولي طرفي العقد من شخص واحد
 ١٤٧ تزويج ولي الميت بدون مهر المثل
 ١٥٠ يجوز للمرأة أن تعقد على نفسها وغيرها
 ١٥٠ وقوف تزويج العضولي على لاجارة
 ١٥٣ سكوت البكر دليل على رضاها، دون النيب
 ١٥٤ حكم الإرث فيها لو زوّج لأب أو الجد أو العضولي بصغيرين مات أحدهما
 ١٥٨ حكم ارث البالغين إذا روجها لعضولي ومات أحدهما
 ١٥٩ تولي العضولي أحد طرفي العقد
 ١٦٢ توقف زواج العبد على إذن المولى
 ١٦٥ صحة عقد السابق فيها لو زوّج المرأة الوكيلار أو الأخوان
 ١٦٦ لو زوّجت الأم ابنها الصغير
 ١٦٧ بيان اختلاف الزوج والروجة في تزويج العضولي
 ١٦٩ للولي بيقاع العقد مباشرة وتوكيلاً
 ١٧٠ لو قالت الرشيدة لوكيلها: روجي من شئت
 ١٧٢ لو نسي السابق بالعقد من الوليين على اتين
 ١٧٦ لو جهل كيفية وقوع العقد من الوليين على اتين

١٧٧ بيان عدة أحكام تتعلق بعقد الولي

المحرمات:

التحريم المؤبد: التحريم بالنسب

- ١٨٦ بيان ما تحرم من النساء بالنسب
١٨٩ يحرم على المرأة ما يحرم على الرجل بالنسب
١٨٩ ثبوت النسب شرعاً بالكاح الصحيح والشبهة بكون الرنا
١٩٢ لو ولدت المطلقة - الموطوءة من قبل أكثر من واحد - لأقل من ستة أشهر

التحريم بالنسب:

الرضاع:

- ١٩٦ يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب
١٩٨ لو امتزجت أخت الرضاع أو النسب بأهل قريته، أو اشبهت بمحصور العدد
٢٠٠ ثبوت المحرمية بالرضاع كنبوها بالنسب
٢٠٠ عدم تعلق التولوث واستحقاق النفقة بالرضاع

أركان الرضاع:

المرضعة :

- ٢٠١ يشترط في المرضعة أن تكون حية، حامل عن نكاح صحيح أو شبهة
٢٠٥ عدم اشتراط ائد المولى في الرضاع ولا الروح
٢٠٥ لو طُلقت الروجة وهي حامل ثم أرضعت طفلاً آخرأ
٢٠٨ استحباب استرضاع العاقلة العقيمة المؤمنة الفوضينة
٢٠٨ حكم استرضاع لكاهرة

اللين:

- ٢١١ اشتراط وصول اللين خالصاً من الثدي إلى الطفل

عدم نشر المحرمة لو احتسب اللبن ثم وُجِر في حق الطفل، أو وصل إلى
جوفه بحقنة أو سقوط أو...

٢١١

المحل:

٢١٢ وجوب وصول اللبن إلى معدة الصبي الحي

٢١٢ عدم اعتبار وصول اللبن إلى معدة الميت، أو الكبير بعد الحولين

شروط اللبن:

٢١٣ الكسبة

٢١٤ كسبه الرصعاب وتواليها

٢٢٠ أن يكون الرصاع في الحولين

٢٢٢ اتحاد الفعل (صاحب اللبن)



الأحكام:

٢٢٤ نشر المحرمة بحصول الرصاع بشروطه

٢٢٧ أصول لتحريم: المرتضع، والمرضعة والفعل

٢٢٩ حرمة أولاد الفعل ولادة ورصاعاً على أب المرتضع

٢٣٢ حور بكاح أحوه المرتضع أحوه المرتضع الآخر أو نفاير الأب ونجد اللبن

٢٣٣ ابطال رضاع الكاح السابق

٢٣٥ لو أرضعت كبيرة الزوجتين صغيرتهما

٢٣٧ لو أرضعت الزوجة الكبيرة الزوجات الصغائر

٢٣٩ لو أرضعت أمته الموطوءه زوجته

فروع:

٢٤٦ أ: لو رُوح أم ولده بعد أو بحر ثم أرضعته من لبه

٢٤٦ ب: لو فسخت بكاح الصغير لميب أو عتقها ثم تزوجت وأرضعته بلبن الثاني

- ج: لو أرضعت زوجته الكبيرة زوجتيه الصغيرتين بلبس غيره دفعة ٢٤٧
- د: لو أرضعت أمتة زوجته بلبس غيره ٢٥٠
- هـ: لو أرضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجاته كل واحدة زوجة دفعة ٢٥١
- و: لو أرضعت أم الكبيرة أو جدتها أو أختها، الزوجة الصغيرة ولم يدخل ٢٥٤
- ز: لو تزوج كل من الاثنين زوجة صاحبه ثم أرضعت أحدهما الأخرى ٢٥٥
- ح: لو أرضعت جدة الصغيرين أحدهما ٢٥٦
- ط: لو أرضعت من لبن الزوج بعد موته ٢٥٧
- ي: لا تحرم أم المرضعة من الرضاع على ارتضاع ولا احتها ولا .. ٢٥٧
- يا: حرمة الرضاع تنشر إلى المحرمات بالمصاهرة ٢٥٩
- يب: لو أرضعت من يفسد الكاح بالرضاع جاهدة بالزوجة أو للحرف ٢٦٠
- عليها من التلف
- يج: لو سعت الزوجة الصغيرة فترتضعت من الكبيرة وكفى مانعاً ٢٦١

خاتمة:

- قبول شهادة النساء في الرضاع ٢٦٥
- ما يشترط معرفته في الشهادة على الرضاع ٢٦٦
- تقبل شهادة أم المرأة وجدتها وأم الزوج وجدته ٢٧٠
- قبول شهادة المرضعة بأن بينها رضاعاً ٢٧١
- لو ادعى الزوج بعد العقد أنها اخته من الرضاع ٢٧٣
- لو ادعت الزوجة بعد العقد أنه أحاها من الرضاع ٢٧٥
- الرجوع بعد الاقرار بالرضاع ٢٨٠
- الاقرار برضاع محتم ٢٨١

المصاهرة:

- حرمة أم الموطومة وإن علت وبهاتها وإن سفلت ٢٨٢
- حكم المصاهرة الناشئة عن وطء الشبهة والرب ٢٨٤

- ٢٨٨ حكم النظر واللمس بالنسبة إلى سرابة المحرمة وعدمها
- ٢٩٣ العقد المجرد عن الوطء يحرم أم الروجة وإن عدت محرماً مؤبداً
- ٢٩٩ تحريم المعقود عليها على أب العاهد وإن علا وابنه وإن نزل
- ٣٠٠ حرمة وطء مملوكة لأب وبن علا والابن وإن نزل
- ٣٠٣ انتفاء الحد لو زنا لأب بمملوكة ابنه
- ٣٠٤ لو حملت مملوكة الأب بوطء الابن لشبهة، وبالعكس
- ٣٠٤ حكم المعتق مع الربا



- ذكر بقية أسباب التحريم
- ٣٠٥ ١ - من لاعن امرأته
- ٣٠٦ ٢ - التزوج بامرأة في عدت عالماً
- ٣١٤ ٣ - الزنا بذات البعل أو في عدت رجعية
- ٣١٧ ٤ - إيقاب العلام
- ٣٢٢ ٥ - عقد المحرم على امرأة عالماً بالتحريم
- ٣٢٣ ٦ - لطلقة تسماً لعدة يكسها بينها رجلاً
- ٣٢٧ ٧ - تحريم بنت العممة أو لحالة لو عجز الرجل بعته أو خالته
- ٣٣٠ ٨ - وطء الزوجة قبل التسع مع الانصاء

التحريم غير المؤبد

المصاهرة: وفيها مسائل.

- الأولى: تحرم بنت الزوجة وإن نزلت ادا لم يكن قد دخل بالأم
- ٣٣٦ تحريم جمع
- ٣٣٨ الثانية: تحرم أخت الزوجة بالعقد دائماً ومقطعاً بحريم جمع
- ٣٤٠ الثالثة: تحرم بنت أخت الروجة معها وبنت أحبها تحريم جمع
- ٣٤٢ الرابعة: عدم جواز مكاح الأمة لمن عنده حرة إلا بإذنها
- الخامسة: لا تحمل دات البعل أو العدة لغيره إلا بعد مفارقتها ولعدة

- ٣٤٢ إن كانت من أهلها
السادسة: بطلان الزواج الثاني فيما لو تزوج الاختين نسباً أو رضاعاً
٣٤٣ على التعاقب
السابعة: صحة الزواج من بنت أخ الزوجة أو بنت أختها مع رضاها
٣٥٦
الثامنة: بطلان عقد الأمة على الحرّة دون أختها
٣٦٢
التاسعة: حكم عقد الحر على الأمة
٣٦٧



- استيفاء عدد الطلاق والموطوءات
٣٧٢ حرمة الحرّة بعد ثلاث طلاقات، والأمة بعد طلقتين حتى تنكح زوجاً غيره
٣٧٣ حرمة الزيادة على أربع زوجات
٣٧٥ لو ماتت إحدى الزوجات الأربع، لم تزوج لاثنتين دفعة
لو تزوج الحرّة في عقد واثنين في عقد وثلاثاً في عقد واشتبه
السابق
٣٧٧ جواز الوطء بملك اليمين من دون التقيد بعدد معين
٣٧٩ عدم جواز زواج الحر بأكثر من أمتين
٣٨٠ عدم جواز زواج العبد بأكثر من حرتين دواماً
٣٨١ لو تجاوز العدد في عقد واحد
٣٨٢ المعتقد بعضها كالأمة في حق الحر والحرّة في حق العبد في عدد
الموطوءات
٣٨٣

الكفر:

أصناف الكفار:

- أ: من له كتاب
٣٨٤
ب: من له شبهة كتاب
٣٨٩
ج: الذين لا يعتقدون شيئاً وعباد الأوثان والشمس والنيران
٣٩٠
بيان أحكام متفرقة تتعلق بالكفار
٣٩١

أحكام الانتقال من دين إلى دين :

- ٤٠٦ إذا أسلم زوج الكتابية دونها ، أو العكس ، أو أسلمها دفعة
 ٤٠٧ أسلم أحد الزوجين غير الكتابيين
 ٤٠٩ ارتداد أحد الزوجين قبل الدخول
 ٤١٢ انتقال الذمية إلى مالا يُقر أهله عليه
 ٤١٤ إذا انتقلت الوثنية إلى الكتابة وأسلم الزوج
 ٤١٥ حقوق الزوج المسلم على زوجته الذمية



فروع:

- ٤١٦ أ: ثبوت النكاح لو أسلم في العدة
 ٤١٧ ب: عدم إقرارهم على ما هو فاسد عندهم
 ٤١٨ ج: عدم الفرق بين الذمي والحربي فيما سبق
 ٤١٩ د: لو شرطاً الخيار مطلقاً لها أو لأحدهما لم يقرأ عليه بعد الإسلام
 ٤٢٠ هـ: لو تزوجها في العدة ثم أسلمها
 ٤٢١ و: لو أسلم الزوج ثم ارتد فانقضت العدة من حين إسلامه على كفرها
 ٤٢٣ ز: لو طلق كل واحدة من الاختين ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلموا

الزيادة على العدة الشرعي:

- ٤٢٣ إذا أسلم الزوج على أكثر من العدة المقرر في الإسلام
 ٤٢٥ ليس للمرأة اختيار أحد الزوجين بل يعطيان مع الاقتران
 ٤٢٦ إذا أسلم الكافر عن امرأة وبنتها بعد الدخول بها أو بالأم
 ٤٢٧ إذا أسلم الكافر عن اختين
 ٤٢٨ إذا أسلم الكافر عن العمة أو الخالة مع بنت الأخ أو الأخت
 ٤٢٩ إذا أسلم الحر عن أربع اماء
 ٤٣٢ لو أسلم الحر عن حرة وثلاث اماء

- ٤٣٣ لو طلق المرأة في العدة قبل اسلامها
 ٤٣٤ لو أسلم العبد على أربع حرائر أو حرتين وأمتين أو ثلاث حرائر وأمة
 ٤٣٥ لو أسلم الزوج عن أكثر من أربع وثنيات مدخول بهن
 ٤٣٨ لو أسلمت الوثنية فتزوج الكافر باختها
 ٤٤٠ لو أسلم العبد عن أربع حرائر فصاعداً وثنيات ثم أعنتى ولحقن به في العدة
 ٤٤١ إذا أسلم الحر عن أكثر من أربع حرائر مدخول بهن وثنيات
 ٤٤٧ إذا أسلم الحر عن أربع اماء وحررة وثنيات مدخول بهن
 ٤٥٠ لو أسلم الحر عن خمس فلحقن به أربع
 ٤٥١ إذا أسلم تحت العبد المشترك أربع اماء ثم اعنتن قبل اسلامه
 ٤٥٤ إذا أسلم الكافر بعد أن نذج ابنه الصغير بمهر

مركز تحقيقات كليات العلوم الإسلامية

كيفية الاختيار:

- ٤٥٥ بيان ألفاظ الاختيار
 ٤٥٧ عدم دخول الظهار والإيلاء في الاختيار
 ٤٦٠ بيان حكم تنزيل الكنايات منزلة الطلاق في الاختيار
 ٤٦١ بيان حكم تنزيل الطلاق المشروط منزلة الاختيار
 ٤٦٣ بيان الاختيار بالفعل
 ٤٦٣ إذا وطأ الزوج أربعاً بعد اسلامه ثبت عقدهن
 ٤٦٤ تأثير اللبس والقبلة في الاختيار
 ٤٦٥ لو قال الزوج: حصرت المختارات في ست
 ٤٦٦ صحة تعيين المختلفات للفسخ
 ٤٦٧ لو أسلمت ثمان زوجات على الترتيب، فخطب كل واحدة بالفسخ عند اسلامها
 ٤٧٣ اسلام الزوجات الكتابيات بعد موت الزوج وقبل القسمة

التفقة:

- ٤٧٤ وجوب نفقة الزوجات إذا أسلمن

٤٧٦	عدم وجوب النفقة لو أسلم الزوج دون الوثنيات
٤٧٧	اختلاف الزوجين في سبق أحدهما بالإسلام
٤٨٠	حكم النفقة فيما لو أسلم الوثني قبل الدخول
٤٨٣	بيان حكم إباق العبد هل هو بمنزلة طلاق زوجته
٤٨٤	بيان ما يكره العقد عليهن
٤٨٧	نكاح الشغار، وبيان ما يتعلق به
٤٩٧	بيان أحكام الوطء في الدر
٥٠٩	فهرست الموضوعات



مرکز تحقیقات اسلامی پیر علم اسلام